

Rake remedies

Rake remedies

Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten
en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht

Onder redactie van
W.H. van Boom
J.H. van Dam - Lely
S.D. Lindenberg

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

De Jonge meesters-reeks is een initiatief van de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

© 2011 de auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-374-9

NUR 822

www.bju.nl

Inhoudsopgave

I	OVER RAKE REMEDIES: HANDHAVING VAN RECHTEN, NALEVING VAN PLICHTEN EN SANCTIONERING VAN VERKEERD GEDRAG	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Een verkenning van de bijdragen aan het boek	2
1.2.1	Voorkomen van secundaire victimisatie	2
1.2.2	Vergoeden of onderhouden?	3
1.2.3	Schadevergoeding met goederenrechtelijke versteving	4
1.2.4	Winstafdracht ook als geen schade is geleden	5
1.2.5	Welke remedie helpt onderhandelende partijen terug aan tafel?	6
1.2.6	Wanneer is schadevergoeding Europeesrechtelijk aan de maat?	6
1.2.7	Stimuleert ons recht debiteuren eigenlijk wel om op tijd te betalen?	7
1.2.8	Helpt prospectusaansprakelijkheid tegen misleiding van beleggers?	7
1.2.9	Wat hebben we aan de Wet deelgeschilprocedure?	8
1.2.10	Slaat volledige proceskostenvergoeding in IE-zaken de plank mis?	10
1.2.11	Zijn we niet té raak met conservatoir beslag?	11
1.2.12	Remedies tegen vexatoire praktijken van proceslustige querulanten	12
1.2.13	Lijfswang om alimentatie af te dwingen	13
1.2.14	Liegen en bedriegen in de procedure. Wat doet de rechter eraan?	14
1.3	Enkele lijnen uit de bijdragen	15
1.3.1	Effecten van remedies	15
1.3.2	Effectiviteit van remedies	16
1.3.3	Efficiëntie en rechtvaardigheid: maatschappelijke winst	18
1.4	Tot slot	19
II	HET AFWIKKELINGSTRAJECT NA MEDISCH LETSEL; VOORKOMEN VAN SECUNDAIRE VICTIMISATIE EX ANTE VERDIENT DE VOORKEUR BOVEN VERGOEDEN EX POST	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Secundaire victimisatie	24

2.2.1	Gedragingen van de arts en de rol van het ziekenhuis	25
2.2.2	Gedragingen van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar	26
2.2.3	Gedragingen van de belangenbehartiger	26
2.2.4	Wat is de schade?	27
2.2.5	Secundaire victimisatie voorkomen of beperken door gedragsaanpassing	27
2.3	Juridische initiatieven tot een meer heilzame wijze van afwikkeling	29
2.4	Normering en handhaving	33
2.5	Kan het ook anders?	41
2.6	Afsluiting	45
III	SCHADEVERGOEDING BIJ OVERLIJDEN: EEN STOEL DIE EEN SOORT TAFELTJE IS	47
3.1	Inleiding	47
3.2	Schadevergoeding bij overlijden: een recht met beperkingen	48
3.2.1	Drie typen beperkingen	48
3.2.2	Doel schadevergoeding bij overlijden	48
3.3	Schadeposten	50
3.3.1	Kosten van lijkbezorging en derving van levensonderhoud	50
3.3.2	Schadeposten die niet voor vergoeding in aanmerking komen	51
3.4	Derving van levensonderhoud: uitwerking	53
3.4.1	Kring van gerechtigden	53
3.4.2	Omvang schadevergoeding	55
3.4.2.1	Behoeftigheid	55
3.4.2.2	Voordeelstoerekening	57
3.4.2.3	Complexe schadeberekening	59
3.4.2.4	Kritiek	63
3.5	Tijd voor heroverweging?	64
3.5.1	Algemeen	64
3.5.2	Mogelijke denkrichtingen	65
3.6	Tot slot	66
IV	DE <i>CONSTRUCTIVE TRUST</i> : EEN RAKE REMEDIE?	69
4.1	Inleiding	69
4.2	De <i>constructive trust</i>	70
4.2.1	Wat zijn <i>constructive trusts</i> ?	70
VI		

4.2.2	Gevallen waarin een <i>constructive trust</i> ontstaat	72
4.2.2.1	Derden die trusteeigendom verkrijgen	73
4.2.2.2	De trusts uit <i>Re Rose en Pennington v. Waine</i>	74
4.2.2.3	Eigendom verworven in strijd met fiduciaire verplichtingen	74
4.2.2.4	Overdracht per ongeluk: <i>Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd</i>	75
4.2.2.5	Een uitzondering op de wet: geheime trusts (<i>secret trusts</i>) en trusts terzake grondtransacties	75
4.2.2.6	Trusts gebaseerd op (geschaad) vertrouwen	76
4.2.3	Eerste bevindingen	78
4.3	De constructive trust in het Nederlandse recht	80
4.3.1	Aandachtspunten	80
4.3.2	Prioriteit in insolventies	80
4.3.3	Bestaande opties in het Nederlandse recht	82
4.3.4	De vormgeving van een constructive trust in het Nederlandse recht	83
4.4	Afronding en conclusies	85
V	RESTITUTIONARY DAMAGES: SCHADEVERGOEDING ZONDER SCHADE?	87
5.1	Inleiding	87
5.2	<i>Attorney-General v. Blake</i>	89
5.2.1	Definitie	89
5.2.2	Feiten en procesverloop	89
5.3	Voor- en nadelen	92
5.4	Nederlandse mogelijkheden	96
5.4.1	Wanprestatie en onrechtmatige daad	96
5.4.2	Winstafdracht	97
5.4.3	Ongerechtvaardigde verrijking	99
5.4.4	Gevreesd effect restitutionary damages	102
5.5	Conclusie	103
VI	DE VERPLICHTING TOT DOORONDERHANDELEN	105
6.1	Inleiding	105
6.2	De verplichting tot dooronderhandelen in de precontractuele fase	107
6.3	Wanneer wordt er tot dooronderhandelen veroordeeld?	110
6.3.1	Voorwaarden voor het opleggen van de veroordeling tot dooronderhandelen	110
6.3.2	In welke verhoudingen kan de veroordeling worden opgelegd?	113

6.4	Effectiviteit van de veroordeling tot voortzetting van onderhandelingen	114
6.4.1	Het doel van de veroordeling tot dooronderhandelen	115
6.4.2	De inhoud van de voortgezette onderhandelingen	115
6.4.3	Conclusie	117
6.5.	Effectuering van de veroordeling tot dooronderhandelen	118
6.5.1	De hoofdveroordeling	118
6.5.2	De dwangmiddelen	119
6.5.3	Het inschakelen van een mediator	121
6.6	Conclusie	124
VII RAAK VERGOEDEN: DE BETEKENIS VAN HET GEMEENSCHAPSRECHTELIJKE EFFECTIVITEITSBEGINSEL VOOR HET NEDERLANDSE SCHADEVERGOEDINGSRECHT MET BETREKKING TOT PARTICULIEREN		
7.1	Inleiding	127
7.2	Een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht	128
7.3	Voorrang van gemeenschapsrecht	129
7.4	Toegang tot de rechter	130
7.5	Schadevergoeding in horizontale verhoudingen	131
7.5.1	Directe horizontale werking	131
7.5.2	Indirecte horizontale werking	136
7.5.2.1	Richtlijnconforme interpretatie en discriminatie	137
7.5.2.2	Richtlijnconforme interpretatie en productaansprakelijkheid	142
7.6	Conclusie	145
VIII WETTELIJKE RENTE, TIJD OM HET ZWAARD OPNIEUW TE SLIJPEN?		
8.1	Inleiding	147
8.2	Doel en perspectief van de remedie	149
8.3	Hoe raak is wettelijke rente?	151
8.3.1	Norm en regel	151
8.3.2	Schade	151
8.3.3	Effectiviteit	153
8.3.4	Samenstelling van de schade en de schadevergoeding	153
8.3.5	Vergelijking schade met vergoeding	155
8.3.6	Conclusie	157

8.4	Hoe raak is handelsrente?	158
8.4.1	Norm en regel	158
8.4.2	Evaluatie richtlijn	159
8.4.3	Ontwikkeling sinds 2006	161
8.4.4	Rechtshandhaving	162
8.4.5	Handelskrediet	163
8.4.6	Nakoming mogelijk?	164
8.4.7	Conclusie	165
8.5	Hoe nu verder?	165
8.6	Uitleiding	168
IX	DE HANDHAVING VAN PROSPECTUSAANSPRAKELIJKHEID	
	VANUIT RECHTSECONOMISCH PERSPECTIEF	169
9.1	Inleiding	169
9.2	Het prospectus	170
9.3	Prospectusaansprakelijkheid	171
9.3.1	De Prospectusplicht	171
9.3.2	Oneerlijke handelspraktijken	172
9.4	Handhaving	174
9.4.1	Handhaving door individuele consumenten	175
9.4.2	Collectieve acties	176
9.4.3	Bestuursrechtelijke handhaving	177
9.5	Het Nederlandse handhavingssysteem vanuit rechtseconomisch perspectief	178
9.5.1	Inleiding	178
9.5.2	Uitgevende instelling en de lead manager	179
9.5.3	Consumentenbeleggers als handhavers	180
9.5.4	Ontwikkeling en efficiëntie van financiële markten	183
9.5.5	Handhaving door de AFM	184
9.5.6	Handhaving van open normen	185
9.5.7	Verbetering efficiënte handhaving in Nederland	185
9.5.7.1	Inleiding	185
9.5.7.2	Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving	186
9.5.7.3	De lead manager	187
9.5.7.4	Collectivering schadevergoedingsclaims	187
9.6	Conclusie	188

X	HET BEVORDEREN VAN EEN BUITENGERECHTELIJKE AFWIKKELING DOOR HET INTRODUCEREN VAN EEN NIEUWE PROCESVORM; EEN PARADOX?	191
10.1	Inleiding	191
10.2	Welke problemen bestaan er in de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade?	192
10.2.1	Lange duur onderhandelingen	192
10.2.2	Terugkerende geschilpunten	194
10.2.3	Erkenning en bejegening	195
10.3	Welke doelen heeft de wetgever met de deelgeschilprocedure voor ogen?	196
10.4	Hoe is de deelgeschilprocedure vormgegeven?	197
10.4.1	Aanvang procedure	197
10.4.2	Eenzijdig en gezamenlijk verzoek	197
10.4.3	Bevoegdheid rechter	198
10.4.4	Toepassingsgebied	199
10.4.5	Verhouding met bodemprocedure	200
10.4.6	Rechtsmiddelen	201
10.4.7	Bindende kracht	201
10.5	Wat is de verwachting in de rechtspraak over de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure?	201
10.5.1	Geen hoger beroep	204
10.5.2	Organisatorische invulling van de wet binnen rechtbanken	204
10.5.3	Capaciteit rechterlijke macht	204
10.6	Wat is mijn verwachting over de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure?	205
10.7	Conclusie	209
XI	VOLLEDIGE VERGOEDING VAN PROCESKOSTEN: RAKE REMEDIË OF AANJAGER VOOR DEELGESCHILLEN?	211
11.1	Inleiding	212
11.2	Karakter van het kostenvergoedingsmodel en toelichting op het onderzoek	213
11.2.1	Karakter van het kostenvergoedingsmodel	213
11.2.2	Uitwerking onderzoeksvraag en verantwoording onderzoeksmethode	214
11.3	Onderzoeksresultaten	216
11.3.1	Algemeen	216
11.3.2	Kostenvergoedingsstructuur van de deelgeschilprocedure	216

11.3.3	Beletsel om aansprakelijkheid te erkennen of procederen zonder (financiële) zorgen?	219
11.3.4	Het kostenvergoedingsmodel en het verzoek om een deskundige	222
11.3.5	Het kostenvergoedingsmodel als aanjager voor tactische inzet?	222
11.4	Evaluatie	224
11.4.1	Algemeen	224
11.4.2	De aansprakelijkheidsvraag binnen de deelgeschilprocedure: procederen zonder (financiële) zorgen?	225
11.4.3	De deelgeschilprocedure als tactisch speeltje?	226
11.5	Conclusie	227
XII	IMPLEMENTATIE VAN ARTIKEL 14 HANDHAVINGSRICHTLIJN: LOST IN TRANSLATION?	231
12.1	Inleiding	232
12.2	Richtlijn 2004/48/EG, de Handhavingsrichtlijn	233
12.2.1	Totstandkoming van de Handhavingsrichtlijn	233
12.2.2	De <i>indemnity costs rule</i>	235
12.2.3	Doelen van artikel 14 Handhavingsrichtlijn	235
12.3	Implementatie in Nederland	237
12.3.1	Inleidende opmerkingen	237
12.3.2	Liquidatietarief	238
12.3.3	Artikel 1019h Rv	239
12.3.4	Indicatietarieven in IE-zaken	240
12.3.5	Octrooizaken	242
12.3.6	Tussenconclusie	244
12.4	Implementatie in België, Duitsland en Engeland	245
12.4.1	België	245
12.4.2	Duitsland	248
12.4.3	Engeland	250
12.5	Conclusie	253
XIII	BESLAGLEGGING ALS REMEDIE	257
13.1	Inleiding	257
13.2	Conservatoir beslag	259
13.2.1	Doel conservatoir beslag	259
13.2.2	Conservatoir beslag als pressiemiddel	260
13.3	Werkwijze huidig stelsel	262
13.3.1	Verlofverlening	262
13.3.2	Opheffing conservatoir beslag	265

13.3.2.1	Onnodigheid beslag en ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht	265
13.3.3	Aansprakelijkheid	267
13.3.4	Opmaken balans	268
13.4	Aanbevolen veranderingen	268
13.4.1	Faciliteren van ruimte en middelen	269
13.4.2	'De gebruiker betaalt'	269
13.4.3	Eisen aan beslagrekest	270
13.4.3.1	Vrees voor bedreiging toekomstige executie	270
13.4.3.2	Het ingeroepen recht	272
13.4.4	Beoordeling van het beslagrekest	275
13.4.4.1	Ex parte & het zwart en grijs maken van beslagen	275
13.4.4.2	Proportionaliteit	276
13.4.4.3	Cautie	276
13.4.5	Opheffing conservatoir beslag	277
13.5	Conclusie	278
XIV	OVER MISBRUIK VAN PROCESRECHT EN HET PREVENTIEF WEREN VAN VEELEISENDE PARTIJEN	281
14.1	Inleiding	282
14.2	De beperking van het recht op toegang tot de rechter	283
14.3	Het belangcriterium in artikel 3:303 BW	284
14.4	Gebrek aan belang in artikel 3:13 BW	286
14.5	Procedeerverbod	292
14.6	Verenigde Staten	293
14.7	Conclusie	299
XV	AAN DEN LIJVE ONDERVONDEN...? AFSCHAFFING VAN DE LIJFSDWANG TEN AANZIEN VAN DE TENUITVOERLEGGING VAN UITKERINGEN TOT LEVENSONDERHOUD	303
15.1	Inleiding	303
15.2	De regeling van lijfswang beschreven	305
15.2.1	Plaatsbepaling, doel en middel van lijfswang	305
15.2.2	Verhouding tot algemeen executierecht	305
15.2.3	Resterende aspecten	307
15.2.3.1	Moment(en) van tenuitvoerlegging en duur van gijzeling	307
15.2.3.2	Kosten	308
15.3	Toepassingen van lijfswang	309
15.3.1	Gevalen waarin volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering lijfswang kan worden toepast	309

15.3.1.1	Rechterlijke veroordelingen tot iets anders dan het betalen van geld	309
15.3.2	Overige vormen van civiele gijzeling	313
15.4	Executie van onderhoudsverplichtingen naar Nederlands recht	313
15.4.1	Afbakening	313
15.4.2	Rechtsgrond partneralimentatie en kinderalimentatie	314
15.4.3	Alimentatielijfswang; toepassingsgebied	314
15.4.4	Een 'rake remedie'?	315
15.4.5	Ratio	316
15.4.6	Paradoxaal karakter	317
15.5	Executie van onderhoudsverplichtingen in België	318
15.5.1	De keuze voor België	318
15.5.2	De strafbaarstelling van familieverlating	319
15.5.3	Ratio	320
15.5.4	Paradoxaal karakter	321
15.6	Evaluatie: Is familieverlating iets voor ons?	322
15.6.1	Inleidende opmerkingen	322
15.6.2	Geen straf	323
15.6.3	Past familieverlating in ons recht?	324
15.6.4	Familieverlating: een 'rake remedie'?	326
15.7	Besluit	327
XVI	DE REKENING VOOR HET EIGEN GEDRAG?	331
16.1	Inleiding	331
16.2	Het eigen gedrag: de waarheids- en volledigheidsplicht	332
16.3	De praktijk: een jurisprudentieonderzoek	334
16.4	Het eigen gedrag, de rekening en de praktijk: een lastige combinatie?	338
16.4.1	Discretionaire bevoegdheid	339
16.4.2	De band tussen artikel 21 Rv en de proceskostenveroordeling	340
16.4.3	De (on)mogelijkheden van de proceskostenveroordeling	341
16.5	De rekening voor het eigen gedrag: een rake combinatie	344
16.5.1	Het bieden van herstel: rechtdoen aan de materiële werkelijkheid	344
16.5.2	Geen sanctie = geen effect	346
16.6	Het kennelijk onredelijke karakter van de situatie	348
16.7	Conclusie: de rekening voor het eigen gedrag?	349

I Over rake remedies: handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag

W.H. van Boom, J.H. van Dam – Lely en S.D. Lindenbergh

1.1 Inleiding

Dit boek gaat over remedies in het privaatrecht. We hanteren een ruime definitie van ‘remedies’: alle juridische middelen ten behoeve van de handhaving van rechten, de naleving van plichten en de sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht.¹ De bekendste materieelrechtelijke remedies zijn natuurlijk vorderingsrechten om iets te doen of te geven dan wel iets na te laten, zo nodig versterkt door een procesrechtelijke remedie zoals de dwangsom. Nu eens dienen deze remedies ter vervanging van die prestatie of tot vergoeding van de geleden schade, en dan weer zijn het vooral dwangmiddelen om de debiteur alsnog tot de prestatie te dwingen; in bepaalde gevallen worden er nog weer andere doelen mee nagestreefd. Remedies – zoals wij die definiëren – zijn echter ruimer dan het begrippenpaar ‘vorderingsrecht’ en ‘rechtsvordering’.² Ook gedragsregels die neerslaan in ‘Obliegenheiten’, zorgplichten en normen van maatschappelijke betamelijkheid en die op een of andere manier een juridische sanctionering kennen, vallen er bijvoorbeeld onder. En er zijn ‘nieuwe’ remedies te noemen, zoals de nieuw gevormde procesrechtelijke ingang die

1 Vgl. over definities bij privaatrechtelijke handhaving E.F.D. Engelhard, ‘Handhaven van en door het privaatrecht’, in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 11 e.v. Zie over de materie van dit boek ook W.H. van Boom, ‘Iets over handhaving in het privaatrecht’, *WPNR* 2008, p. 765 e.v.; T. Hartlief, ‘Gij zult handhaven!’, *NJB* 2007, p. 915; T. Hartlief, ‘Wat staat het burgerlijk recht te doen?’, *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1553; E.F.D. Engelhard, ‘Handhaven van en door het privaatrecht’, in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 307 e.v.; Jeroen Kortmann en Carla Sieburgh, ‘Handhaving door Nederlands privaatrecht’, in: Arjan Scheltema e.a. (red.), *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2009, p. 249 e.v.

2 Vgl. over die begrippen A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht - De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (Deel 6-I* van Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2008, p. 32; H.J. Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 4.

de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in ons recht introduceerde. Bovendien hebben wij het thema van dit boek niet willen beperken tot de middelen die *partijen* ten dienste staan. Ook de rechter heeft remedies tot zijn beschikking om bijvoorbeeld onwenselijk procesgedrag te sanctioneren. De ‘geraden gevolgtrekking’ van artikel 21 Rv is bijvoorbeeld een remedie die de rechter kan hanteren om onoorbaar procesgedrag tegen te gaan.

De auteurs hebben steeds een specifieke remedie onder de loep genomen. Zij hebben het onderwerp van hun bijdrage telkens onderzocht, geanalyseerd en commentarieerd vanuit algemene onderzoeksvragen, zoals:

- welke doelen en onderliggende beginselen kunnen worden aangewezen bij regelgeving en rechtspraak over het betreffende onderwerp?
- wat is er bekend over de effectiviteit en mogelijke neveneffecten van de betreffende regels?
- zijn er in het buitenland relevante ervaringen (bijvoorbeeld alternatieve wijzen van reguleren) die bij een beoordeling meegewogen kunnen worden?
- levert de betreffende remedie per saldo een positieve bijdrage aan de regulering van het maatschappelijk verkeer?

In het hiernavolgende schetsen wij de bijdragen aan dit boek en gaan we nader in op de onderzoeksvragen en de bevindingen van de auteurs (par. 1.2). Vervolgens tekenen we een aantal algemene lijnen die naar aanleiding van de bijdragen te trekken zijn (par. 1.3) en sluiten we af met de overtuiging dat de auteurs een zinvolle bijdrage hebben geleverd aan het debat over de plaats en functie van remedies in het privaatrecht (par. 1.4).

1.2 Een verkenning van de bijdragen aan het boek

1.2.1 *Voorkomen van secundaire victimisatie*

Mariska Meerman bijt het spits af met haar bijdrage ‘Het afwikkelings-traject na medisch letsel; voorkomen van secundaire victimisatie ex ante verdient de voorkeur boven vergoeden ex post’ (hoofdstuk 2). Centraal staat schade door bejegeningfouten van medici, ziekenhuizen en aansprakelijkheidsverzekeraars na een medische complicatie. Dergelijke bejegeningfouten kunnen de patiënt – die al letsel opgelopen heeft door een medische fout of door een inherent risico van de ingreep – nóg verder schaden (bijvoorbeeld geestelijk). We spreken dan wel van secundaire victimisatie (zonder dat dit overigens een concreet ziektebeeld hoeft op te leveren). Aangenomen wordt dat het afwikkelingstraject na een medische

missier dermatoloog belastend kan zijn voor een patiënt dat deze als het ware ‘nog een keer slachtoffer’ wordt.

Meerman stelt zich de vraag of het recht een ‘rake remedie’ biedt om secundaire victimisatie bij patiënten met medisch letsel te voorkomen dan wel te beperken. Anders gezegd: hoe gaat het privaatrecht om met bejegeningfouten?

Meerman analyseert tal van regels, codes en protocollen waarin fraaie uitgangspunten geformuleerd worden en waarin zowel het gedrag van medici als van verzekeraars genormeerd wordt. Handhaving van die regels, zo stelt zij vast, kan op verschillende niveaus geschieden. Elke remedie heeft beperkingen. Veelal wordt in de literatuur de remedie voor bejegeningfouten gezocht in het toekennen van een extra bedrag aan smartengeld in een civiele procedure. Meerman is van de adequaatheid hiervan niet overtuigd. Zij meent dat herstel voor vergoeding gaat en dat brengt naar haar oordeel mee dat schadevergoeding als remedie niet de voorkeur kan verdienen. Het naleven van de verschillende gedragsregels kan dan ook wellicht het beste bereikt worden door meer aandacht te besteden aan voorlichting en training van de betrokken partijen.

1.2.2 *Vergoeden of onderhouden?*

Ilona van der Zalm schrijft onder de intrigerende titel “Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is” (hoofdstuk 3) dat het tijd is om het schadevergoedingsrecht van nabestaanden (art. 6:108 BW) in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen te brengen en dus te heroverwegen. Uit haar betoog blijkt dat het artikel 6:108 BW is waar de omschrijving ‘een stoel die een soort tafeltje is’ op duidt. Dat klinkt als een verkeerd ontworpen meubelstuk. En zo is het volgens Van der Zalm ook. Het artikel zoekt namelijk een moeilijk compromis tussen schadevergoeding volgens het beginsel van ‘restitutio in integrum’ en levensonderhoud volgens de idee van het familierecht. In het aansprakelijkheidsrecht geldt het restitutiebeginsel en heeft een benadeelde in beginsel recht op volledige vergoeding van zijn schade. Daarbij wordt gekeken naar de situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien de schadetoebrengende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Artikel 6:108 BW wijkt in een drietal opzichten af van dit uitgangspunt. Niet alle schadeposten, niet alle benadeelden en niet de volledige schade komen voor vergoeding in aanmerking. Daarbij lijkt artikel 6:108 BW juist aan te knopen bij het recht op levensonderhoud (alimentatie) uit het familierecht, maar de uitgangspunten van het alimentatierecht worden vervolgens niet consequent toegepast. Van der Zalm neemt gemotiveerd de stelling in dat de motieven voor de beperkingen van het recht op schadevergoeding ex artikel 6:108 BW achterhaald en niet langer

overtuigend zijn. De bijdrage wordt afgesloten met enkele denkrichtingen voor nader onderzoek.

1.2.3 *Schadevergoeding met goederenrechtelijke versteviging*

Richard Woutering neemt een duik in de common law om een bepaald type ‘trust’ te onderzoeken: ‘De constructive trust: een rake remedie?’ (hoofdstuk 4). Een trustverhouding ontstaat wanneer (wat wij noemen) eigendom gesplitst raakt tussen twee partijen: de trustee (die al dan niet zelf schepper is van de trust) en de beneficiary. Ten aanzien van de goederen die in deze trustverhouding vallen, heeft de trustee de *legal title to property* (dat wil zeggen: eigenaar naar common law). Die eigendom is geen onbeperkte, want de trustee is verplicht om zijn rechten op het goed aan te wenden in het belang en voordeel van de beneficiary. Deze beneficiary heeft ten aanzien van de trustgoederen de *equitable title to property*.

Uiteraard is de bekendste vorm van ‘trust’ die van de bij rechtshandeling ingestelde en dus gewilde trust. Maar de ‘constructive trust’ is een trustverhouding die van rechtswege ontstaat en een ander doel dient dan de gewone trust. Hoewel er vele vormen van en oorzaken voor het ontstaan van constructive trust zijn aan te wijzen, is er een belangrijke categorie waar Woutering zich op concentreert, te weten die waarin de constructive trust wordt gebruikt als remedie tegen het schenden van vertrouwen. Heeft een partij een belofte omtrent een goed gemaakt waar hij zich later niet aan houdt, als gevolg waarvan zijn wederpartij nadeel ondervindt, dan kan het goed waar de belofte op zag van rechtswege in een ‘trust-greep’ terecht komen. Soms leidt dat geschaad vertrouwen er namelijk toe dat de benadeelde een goederenrechtelijke aanspraak (‘equitable title’) krijgt op het goed waar het in de belofte om draaide. Dit leidt er dus toe dat de veroorzaker van de schade bij de wederpartij niet alleen verbintenissenrechtelijk gehouden is maar – in onze terminologie – ook goederenrechtelijk gebonden raakt. Een constructive trust kan in bepaalde gevallen een separatistenachtige positie geven aan bepaalde gelaedeerden in geval van een insolvente dader. Die positie kan, zo betoogt Woutering, worden gerechtvaardigd wanneer anders de andere schuldeisers van de failliet zouden profiteren van zijn onoorbaar gedrag.

Kan deze idee van de goederenrechtelijke versteviging van verbintenissenrechtelijke aanspraken ook in ons recht diensten bewijzen? Woutering meent van wel. Hij ziet dat het geldende Nederlandse recht in dergelijke gevallen doorgaans flexibel genoeg is om tot een redelijk bevredigende oplossing te komen, maar alleen in verbintenissenrechtelijke zin. De plicht om schadevergoeding in natura te betalen (art. 6:103 BW) of bijvoorbeeld de plicht om goederen over te dragen aan een teleurgestelde koper, zijn slechts

verbintenisrechtelijk van aard. Een constructive trust kent ons recht niet, want ons recht geeft niet zomaar een separatistenpositie aan gelaedeerden. Toch zou invoering van (iets wat lijkt op) de constructive trust op basis van dit argument mogelijk positief zijn voor ons rechtssysteem, zo stelt Woutering. Hij moet echter toegeven dat er altijd verliezers zullen zijn: als een constructive trust tot goederenrechtelijke aanspraken leiden voor de teleurgestelde ‘equitable owner’, dan betalen anderen zoals (anterieure) zekerheidsgerechtigden daarvoor een prijs.

1.2.4 *Winstafdracht ook als geen schade is geleden*

Ook Anja van der Graaff verdiepte zich in de common law. Zij is vooral geïnteresseerd in winstafdracht bij onrechtmatige daad. In haar hoofdstuk ‘Restitutionary damages: schadevergoeding zonder schade?’ (hoofdstuk 5) behandelt zij een vorm van schadevergoeding uit de common law die gericht is op het afnemen van onrechtmatig verkregen voordeel. De remedie van ‘restitutionary damages’ wordt toegepast in gevallen waarin sprake is van wanprestatie of onrechtmatige daad, maar de wederpartij geen echte schade lijdt. Aanknopingspunt is de Engelse uitspraak *Attorney-General v. Blake*, waarin deze vorm van schadevergoeding voor het eerst is toegewezen bij contractbreuk.

Van der Graaff onderzoekt wat de mogelijkheden binnen ons recht zijn om schadevergoeding te verkrijgen in een situatie waarin als gevolg van opzettelijke wanprestatie geen schade is geleden. In afd. 6.1.10 BW is de schade-eis het belangrijkste obstakel voor pure winstafdracht: in beginsel wordt geleden schade vergoed, niet winst afgeroomd. Artikel 6:104 BW wordt strikt uitgelegd, hoewel recente rechtspraak mogelijk iets meer ruimte biedt voor ‘Hollandse restitutionary damages’.³ Naast het schadevergoedingsrecht onderzoekt Van der Graaff in hoeverre het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) tot winstafdracht kan leiden. Hier is het obstakel dat slechts ten belope van de verarming afgeroomd kan worden.

Geconcludeerd wordt dat vorderingen vergelijkbaar met restitutionary damages in Nederland niet goed gefundeerd kunnen worden en dus weinig kansrijk lijken te zijn. Bevredigend acht Van der Graaff dit allerminst. Zij inventariseert de mogelijke wegen die de Hoge Raad zou kunnen bewandelen om toch tot erkenning van de remedie van restitutionary damages te komen. Toekenning van dergelijke remedies zou de naleving van contracten

3 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB (Waeyen-Scheers/Naus); HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 m.nt. JHS (Kecofa/Lancôme); HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 en *LJN* BL9662.

stimuleren en een oplossing bieden voor gevallen waarin wordt geprofiteerd van wanprestatie, maar waarin geen schade is geleden.

1.2.5 *Welke remedie helpt onderhandelende partijen terug aan tafel?*

Denise de Boer schrijft over ‘De verplichting tot dooronderhandelen’ (hoofdstuk 6). Als bekend zijn partijen in precontractuele onderhandelingen gehouden om wederzijdse belangen in acht te nemen. Het eenzijdig afbreken van de onderhandelingen kan daarom onder omstandigheden onaanvaardbaar zijn. Een mogelijke remedie bij het onaanvaardbaar afbreken is de veroordeling tot dooronderhandelen; maar hoe reëel is die verplichting eigenlijk? Voordat De Boer op die vraag ingaat, schetst zij de rechtsgrond voor de gehoudenheid tot dooronderhandelen en de gangbare procesrechtelijke remedies om die gehoudenheid af te dwingen, zoals bijvoorbeeld de dwangsom. Bij het gebruik van de dwangsom als remedie, bestaat de hoofdveroordeling dan dus uit een bevel tot het voeren van redelijke onderhandelingen of uit een verbod om met derden te onderhandelen (art. 3:296 BW). Of de inzet van het dwangmiddel van de dwangsom bijdraagt aan een open en constructieve houding tussen partijen die juist verder met elkaar zouden moeten, is verre van zeker. Daarom onderzoekt De Boer alternatieve remedies, die wellicht minder hard maar mogelijk wel ‘raker’ zijn. Het inschakelen van een mediator zou een mogelijkheid kunnen zijn, zo meent zij. Die zou in elk geval kunnen bijdragen aan het ontwikkelen van die open en constructieve houding, terwijl de dwangsom daar geen actieve bijdrage aan levert.

1.2.6 *Wanneer is schadevergoeding Europeesrechtelijk aan de maat?*

In het hoofdstuk ‘Raak vergoeden: de betekenis van het gemeenschapsrechtelijke effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren’ (hoofdstuk 7) stelt Erwin van der Schee de vraag aan de orde welke eisen vanuit het Europese recht aan schadevergoeding als remedie worden gesteld. Vanuit Europa wordt de eis gesteld dat lidstaten effectief zijn in de handhaving van Europese regels. Wat betekent deze eis concreet voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht? Op basis van de literatuur, maar vooral aan de hand van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie verkent Van der Schee hoe het beginsel van effectiviteit doorwerkt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Als het gaat om een richtlijnconforme interpretatie van ons schadevergoedingsrecht, mag de Nederlandse rechter wat Van der Schee betreft wel wat

minder voorzichtig zijn. Soms zal om die reden ‘lichamelijk letsel’ ook puur psychische aandoeningen moeten omvatten en zullen smartengeldbedragen hoger uitvallen.

1.2.7 *Stimuleert ons recht debiteuren eigenlijk wel om op tijd te betalen?*

Wat ook hoger moet uitvallen, althans als we Gerrit Vis volgen, is wettelijke rente. In zijn bijdrage getiteld ‘Wettelijke rente, tijd om het zwaard opnieuw te slijpen?’ (hoofdstuk 8), analyseert Vis de wettelijke rente zoals geregeld in Boek 6 BW. Zoals bekend is de wettelijke rente gefixeerd: lijdt de crediteur in werkelijkheid meer of juist minder schade, dan wordt niettemin het gefixeerde bedrag toegekend. Gefixeerde remedies hebben voor- en nadelen, zoveel is duidelijk. Het is in elk geval van belang dat het percentage van de wettelijke rente hoog genoeg is om het doel, vergoeding van de echte schade, te bereiken. Uit de economische analyse die Vis verrichtte, blijkt dat de wettelijke rentevoet te laag is om een compenserende functie te hebben. Bovendien is dat doel niet het enige doel waar het de wettelijke rente bij handelsvorderingen betreft; bij die handelsrente stond de Europese regelgever juist ook de afschrikwekkende functie van rente als remedie voor ogen. Handelsrente heeft dus als hoofddoel ondernemingen aan te sporen tot gewenst betalingsgedrag, maar ook aan die functie voldoet het niet. Handelsrente blijkt te laag om effectief te zijn, en heeft dus onvoldoende afschrikwekkende werking. De pakkans is laag door economische drempels en betalingscultuur. De rentevoet moet dus omhoog, zo stelt Vis. Flankerend beleid dat de pakkans vergroot kan de effectiviteit van deze remedie nog verder verhogen.

1.2.8 *Helpt prospectusaansprakelijkheid tegen misleiding van beleggers?*

In ‘De handhaving van prospectusaansprakelijkheid vanuit rechts-economisch perspectief’ (hoofdstuk 9) behandelt Jolien Wientjes de plaats van de civielrechtelijke remedie van prospectusaansprakelijkheid als schadevergoedingsremedie achteraf in het arsenaal aan juridische instrumenten dat ontwikkeld is om misleiding bij emissie en handel in effecten te voorkomen en redresseren. De Europese prospectusrichtlijn is een ander instrument, dat vooral eisen stelt aan het prospectus vóór tot emissie wordt overgegaan en dat door middel van het bestuursrecht wordt gehandhaafd door de AFM. Gegeven die toets vooraf, stelt prospectusaansprakelijkheid achteraf dan nog wel wat voor als remedie? Wientjes meent dat er zeker behoefte is aan aansprakelijkheid als remedie maar dat er verbeteringen nodig

zijn wat betreft schadevaststelling en de bundeling van claims. Ook meent zij dat de remedies tegen de begeleidende banken wel wat raker zouden mogen zijn; zij zijn als het ware de ‘gatekeepers’ en zouden – ook al is dat een moeilijke combinatie van toezicht houden en de cliënt (de uitgevende instelling) tevreden houden – strenger mogen zijn voor de uitgevende instelling. Ook doet zij aanbevelingen die de verhouding tussen civielrechtelijke en bestuursrechtelijke remediëring betreffen.

1.2.9 Wat hebben we aan de Wet deelgeschilprocedure?

Twee auteurs verdiepten zich in de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Deze wet, per 1 juli 2010 in werking getreden, moet een snelle toegang tot de rechter bieden voor het geval de schikkingsonderhandelingen tussen letselschadeslachtoffer en aansprakelijke (c.q. diens verzekeraar) vastlopen op een zogenaamd ‘deelgeschil’. De procedure is bedoeld om dat geschil uit de weg te ruimen zodat de schikkingsonderhandelingen tussen partijen weer hervat kunnen worden, het zelfoplossend vermogen van partijen toeneemt en het beroep op de rechterlijke macht in slepende letselschadegedingen zal afnemen. Het is voor de benadeelde partij dus een procesrechtelijke remedie, gericht op snelle afwikkeling van zijn zaak.

Mirjam Tuls doet in haar hoofdstuk ‘Het bevorderen van een buitengerechtelijke afwikkeling door het introduceren van een nieuwe procesvorm; een paradox?’ (hoofdstuk 10) onderzoek naar de ‘raakheid’ van de Wet deelgeschilprocedure.

Tuls is sceptisch over de wet. Zij verwacht dat de wet niet aan de verwachtingen zal voldoen. Ten eerste verwacht zij dat er niet voldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar zijn om de snelheid en kwaliteit van deelgeschilprocedures te waarborgen. Ten tweede is het zorgelijk dat rechters vermoedelijk geen uniform beleid zullen voeren wat betreft ontvankelijkheid, beslissingssnelheid en mate waarin zij actief het dossier ‘op de rails zetten’. Daardoor bestaat het gevaar, aldus Tuls, dat partijen nog meer dan thans het geval is, strategische keuzes zullen gaan maken met betrekking tot het kiezen van een rechter. Dit lijkt haar, in combinatie met het ontbreken van een mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een deelgeschilbeslissing, niet bevorderend voor de kwaliteit van de rechtspraak. Volgens de auteur zouden er waarborgen moeten komen voor wat betreft de snelheid en kwaliteit van de procedure.

Anouk Oude Hergelink heeft andere aspecten van dezelfde wet onderzocht. Ook zij is niet onverdeeld positief. Zij schrijft onder de titel ‘Volledige vergoeding van proceskosten: rake remedie of aanjager voor deelgeschillen?’ (hoofdstuk 11) over de te verwachten gedragseffecten van het

kostenvergoedingsmodel van de Wet deelgeschilprocedure. Dit model kent een structuur die afwijkt van het zogenaamde liquidatietarief dat normaal in civiele procedures geldt. Bij de deelgeschilprocedure dient de aansprakelijke partij (of diens verzekeraar) de redelijke kosten die de benadeelde in de procedure heeft gemaakt, in beginsel (volledig) te vergoeden, zelfs wanneer hij het deelgeschil ‘wint’. Het gekozen model knoopt namelijk aan bij artikel 6:96 BW (de kosten voor preprocesuele rechtsbijstand, waarbij in beginsel de volledige kosten van de benadeelde worden vergoed, mits aansprakelijkheid vaststaat en zowel het maken als de hoogte van die kosten redelijk is te noemen (de zogenaamde dubbele redelijkheidstoets)). Dat is anders in een normale (bodem)procedure, aangezien daar de gestandaardiseerde liquidatietarieven gelden. Bovendien werken die tarieven altijd beide kanten op: ook de aansprakelijk gestelde kan vergoeding van gemaakte proceskosten krijgen als hij in het gelijk gesteld wordt.

Belangrijk verschil tussen liquidatietarieven en de artikel 6:96-vergoeding is dat de eerste categorie vaste normen betreft: de bedragen zijn eenvoudig te berekenen, zijn voorspelbaar en geven zekerheid voordat men een beslissing neemt over dagvaarden, verweren en/of schikken. De ‘dubbele redelijkheidstoets’ daarentegen geeft ruimte: ruimte voor meer investeren in de zaak dan misschien verstandig is, ruimte voor het (onbewust) majoreren van geïnvesteerde uren en ruimte bij rechters om tot marginale toetsing van het gevorderde over te gaan.⁴ Bovendien zal bij de deelgeschillenregeling het uitgangspunt zijn dat de benadeelde de proceskosten vergoed krijgt ook als hij in het ongelijk wordt gesteld.

Gegeven al deze verschillen tussen de beide kostenvergoedingsmodellen, welke voorspellingen kunnen dan worden gedaan over de werking van de remedie van de deelgeschillenprocedure? Oude Hergelink verwacht in elk geval dat (dreiging met) een dergelijke procedure voor benadeelden een rake remedie zal zijn, aangezien deze procedure een aanvullende toegang tot de rechter biedt met een voor de benadeelde gunstiger kostenvergoedingsmodel dan de reguliere bodemprocedure.

Om haar ideeën te toetsen, sprak Oude Hergelink – net als Tuls – met sleutelfiguren uit de letselschadebranche en uit de rechtspraak. Zowel (belangenbehartigers aan de zijde van) verzekeraars als belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden erkennen dat volledige proceskostenvergoeding de motor zal zijn die de deelgeschilprocedure laat lopen. De verwachting onder de geïnterviewden is dan ook dat de *opstelling* van partijen

4 Als rechters indringend naar de artikel 6:96-kosten zouden kijken, dan is te voorspellen dat advocaten méér tijd en moeite gaan investeren in het betwisten van die kosten – en dat levert dan weer meer werk op voor rechters, terwijl het eigenlijk bijzaak zou moeten zijn. Dat kan voor rechters een prikkel opleveren om de artikel 6:96-kosten minder indringend en meer marginaal te toetsen.

beïnvloed zal worden door het karakter van het kostenvergoedingsmodel: het vergroot de financiële speelruimte voor de benadeelde om een gunstige schikking te behalen. Tegelijk verwachten sommigen dat verzekeraars met name in zaken met een relatief klein belang benadeelden uit bedrijfseconomische overwegingen sneller en beter tegemoet zullen komen om te voorkomen dat de benadeelde een deelgeschil aanhangig maakt. Het kostenvergoedingsmodel lijkt derhalve van betekenis voor de schikkingsbereidheid van verzekeraars waar het kleine claims betreft. Misschien heeft de deelgeschilprocedure dus niet zozeer de werking van remedie voor ‘vastgelopen’ schikkingsonderhandelingen maar veeleer die van magneet op claims die voorheen de rechter niet bereikten.⁵

1.2.10 *Slaat volledige proceskostenvergoeding in IE-zaken de plank mis?*

Rodolfo van Vlooten schrijft onder de titel ‘Implementatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn: lost in translation?’ (hoofdstuk 12) over proceskostenveroordeling bij geschillen over intellectuele-eigendomsrechten. De Europese Handhavingsrichtlijn beoogt een uniform kader te creëren voor de handhaving van IE-rechten.⁶ Een van de richtlijnbepalingen, artikel 14, legt op lidstaten de plicht om bij zaken die de handhaving van IE-rechten betreffen (de IE-zaken) ervoor te zorgen dat de kosten van de in het gelijk gestelde partij door de verliezende partij zullen worden gedragen.

Echter, de zuiver nationale regels van proceskostenveroordeling in Europa verschillen hemelsbreed. Het maakt nogal verschil of in een IE-zaak een Hollands liquidatietarief toegekend wordt aan de winnende partij of een integrale en onverdunde vergoeding van alle kosten. Van Vlooten heeft daarom onderzocht, onder meer door een aantal interviews af te nemen met praktijkjuristen, hoe raak deze richtlijnbeeping is. Hij heeft daarbij met name onderzocht wat precies de doelen zijn die besloten liggen in artikel 14 en of deze doelen worden bereikt.

Artikel 14 kent onder meer een harmonisatiedoel. Hiermee wordt beoogd een ‘level playing field’ te creëren in de interne markt, zodat op het gebied van kosten de gerechtelijke handhaving overal even (on)aantrekkelijk is.

5 Dit gevoegd bij het feit dat de kantongrens per 1 januari 2011 opgetrokken wordt tot € 25.000, kan de deelgeschilprocedure onbedoeld wel eens een markt voor ‘claims agencies’ ontstaan zoals in Engeland het geval is geweest. Daar moest de wetgever vervolgens ingrijpen om de kwaliteit en handelspraktijken van die bureautjes te reguleren (Compensation Act 2006).

6 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEG* 2004, L 157/45; gerectificeerd in *PbEG* 2004, L 195/16; geïmplementeerd in ons recht bij wet van 8 maart 2007, *Stb.* 2007, 108).

Tevens kent artikel 14 een billijkheidsdoel. Het zorgt voor een adequate en billijke bescherming tegen inbreuk, aangezien het onbillijk zou zijn wanneer de winnende partij de eigen proceskosten zou moeten dragen. Daarnaast is er een preventiedoel. Door het toegenomen procesrisico wordt ongewenst en/of inefficiënt procedureel gedrag voorkomen, zo is de idee.

Voor het antwoord op de vraag of deze doelen zijn bereikt, onderzoekt Van Vlooten de relevante regelgeving in de Nederlandse, Belgische, Duitse en Engelse rechtsstelsels. Uit die juridische analyse volgt reeds dat artikel 14 Handhavingsrichtlijn ten beste slechts gedeeltelijk raak kan zijn. Door de verschillende proceskostenregimes van de onderzochte landen wordt het harmonisatiedoel in elk geval niet bereikt.

De uiteenlopende uitwerkingen leiden allereerst tot de conclusie dat het harmonisatiedoel niet is bereikt. Een oorzaak van de verschillen tussen de besproken landen ligt in het gebruik van open normen in de richtlijn-bepaling. Die scheppen kennelijk ruimte voor lidstaten om zelf het redelijkheids- en evenredigheids criterium in te vullen door middel van wettelijke tarieven, forfaitaire stelsels, of al dan niet dwingende indicatietarieven. Die verschillen in wijze van invulling hebben gevolgen voor het billijkheids- en preventiedoel. Vooral de overgang van een zuinig liquidatietarief naar een op het oog onversneden en volledige schadeloosstelling, kan een chilling effect hebben op procespartijen (en rechters), terwijl landen zoals Engeland waar volledige schadeloosstelling meer regel dan uitzondering is dergelijke effecten niet hoeven te verwachten. Dat kan leiden tot verschillen in toegang tot het recht. Van Vlooten concludeert beargumenteerd dat het billijkheids- en het preventiedoel slechts in het Nederlandse en Duitse stelsel van proceskostenveroordeling worden verwezenlijkt. Het Belgische systeem is door de forfaitaire begrenzings niet in lijn met de beoogde doelen van de richtlijn-bepaling. In Engeland is de situatie weer anders, want daar kent het proceskostenvergoedingensysteem dermate hoge kosten en complexiteit dat ook hier de regelgeving niet overeenstemt met hetgeen door de Europese wetgever is beoogd.

1.2.11 *Zijn we niet té raak met conservatoir beslag?*

In zijn bijdrage 'Beslaglegging als remedie' (hoofdstuk 13) uit August de Hoogh zijn zorgen over het laagdrempelige karakter van conservatoir beslag in ons land. Het conservatoir beslag wordt aangemerkt als een ingrijpend middel, en toch is het een in de rechtspraktijk veelvuldig gebruikt middel. De Hoogh vergelijkt de Nederlandse regels en praktijk met de Duitse, Engelse en Belgische rechtsstelsels. Zijn analyse toont hoe het conservatoir beslag als pressiemiddel wordt gebruikt en welke aanpassingen nodig zijn om dergelijk gebruik in te perken. Zo blijkt een discrepantie

te bestaan tussen het eenvoudig te verkrijgen verlot en de bij de beslagen schuldenaar liggende ‘bewijslast’ in het opheffingskortgeding. Deze discrepantie gecombineerd met het mogelijk onvoldoende tegenwicht bieden van de aansprakelijkheid van de beslaglegger leiden ertoe dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt en ook daadwerkelijk wordt gebruikt. De Hoogh is van oordeel dat de belangen van de beslaglegger en beslagene beter in evenwicht kunnen en moeten worden gebracht, dat de toetsing vooraf van de gegrondheid van het beslag verbeterd kan worden en dat bewuster gebruik moet worden gemaakt van het conservatoir beslag.

1.2.12 *Remedies tegen vexatoire praktijken van proceslustige querulanten*

‘Over misbruik van procesrecht en het preventief weren van veeleisende partijen’ luidt de titel van de bijdrage van Tom Bruijnzeel (hoofdstuk 14). Van het procesrecht kan misbruik worden gemaakt doordat tijdens een procedure bepaalde mogelijkheden aangewend worden met een ander doel. Daarnaast kan de opstelling of het gedrag van partijen tijdens een procedure aanstoot geven; dit kan uitmonden in al dan niet weerkerend misbruik van procesrecht. Bijvoorbeeld wanneer er eigenlijk geen geschil is tussen partijen, er reeds een oplossing bereikt is maar nog niet uitgevoerd, of wanneer de rechtsvordering in redelijkheid op voorhand zonder grond of irreëel te noemen is.

Wat kan het privaatrecht doen tegen querulanten, tegen eisers die keer op keer onzinnige en vexatoire rechtsvorderingen instellen en tegen ‘juridische stalkers’ die tegen beter weten in hun gezicht laten zien in de rechtszaal? Dit is een lastig probleem, omdat het onderscheid tussen querulanten en eisers met een pleitbaar standpunt in rechte zeer moeilijk te maken is. Sommige gevallen zullen zo klaar als een klontje zijn, maar vaker zal de grens tussen wat gedaagden moeten dulden en onduldbare overlast moeilijk te trekken zijn. Vaak ook zal een vexatoire claim pas achteraf te herkennen zijn. Het verhalen van schade via het aansprakelijkheidsrecht is dan – afgezien van de kans van slagen van een dergelijke actie – een onaantrekkelijke remedie. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht kent geen bijzondere middelen tegen ‘juridische stalking’, maar soms wordt wel een verbod onder dwangsom toegewezen teneinde te voorkomen dat de gedaagde in volgende procedures over dezelfde feiten en vorderingen betrokken wordt. Dat kan niet voorkomen dat tegen anderen of op andere gronden geprocedeerd wordt. Bruijnzeel laat zien welke andere oplossingen in de verschillende deelstaten van de Verenigde Staten van Amerika te vinden zijn. Met name uit het recht van Ohio put hij inspiratie voor een meer gestructureerde aanpak van ‘beroepsklagers’. Bruijnzeel stelt dat het procesrecht meer drempels

– bijvoorbeeld wat betreft substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht of door het invoeren van een verlofstelsel – zou kunnen en moeten opwerpen voor personen die als querulant zijn ‘gebrandmerkt’. Dat brandmerken moet natuurlijk met de nodige rechtswaarborgen omkleed zijn, maar lijkt voor sommige gevallen een rakere remedie op te kunnen leveren dan de onzekere route van schadevergoeding achteraf. Wellicht kan hier de parallel worden getrokken met personen die stelselmatig restaurants plegen te bezoeken zonder geld op zak: de plicht om de rekening te betalen, is geen rake remedie. Een al dan niet civielrechtelijk tot stand gebracht gebiedsverbod versterkt met verspreiding van foto’s van betrokkene onder de plaatselijke horeca kan mogelijk raker zijn. Daarin lijkt ons een parallel te vinden met de vexatoire praktijken van proceslustige querulanten: wellicht zijn drastischer maatregelen nodig dan slechts de ontzegging van het gevorderde.

1.2.13 *Lijfswang om alimentatie af te dwingen*

Pieter Schneider schrijft onder de titel ‘Aan den lijve ondervonden...? Afschaffing van de lijfswang ten aanzien van de tenuitvoerlegging van uitkeringen tot levensonderhoud’ (hoofdstuk 15) over het recht om een alimentatiedebiteur van zijn vrijheid te beroven als remedie tegen zijn verzuim om alimentatie te betalen. Waarom de vader achter de tralies zetten als hij weigert te betalen? Daar hebben we toch het executoriale beslag voor, zodat niet de gijzeling van de persoon van de debiteur maar zijn portemonnee object van bevrediging is? En is het middel van onvrijwillige opsluiting niet eigenlijk een strafrechtelijke ‘eend’ in de civielrechtelijke bijt? Schneider onderzoekt uitgebreid de herkomst, inpassing en toepassing van de civielrechtelijke lijfswang, en dan in het bijzonder in gevallen van alimentatieschuld. Hij vergelijkt uitgebreid met onder andere het Belgische recht. In België is civiele lijfswang reeds lang en breed afgeschaft en vervolgens wat betreft alimentatieschulden vervangen door een strafbepaling – ‘verlating van familie’ noemen ze dat. Ligt het dan niet voor de hand, zo vraagt Schneider zich af, dat het Nederlandse recht ook overgaat tot afschaffing van de alimentatielijfswang? Schneider meent uiteindelijk van niet. Weliswaar is er artikel 1 van het Vierde Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) dat het de civiele lijfswang niet eenvoudig maakt: ‘aan niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen op de enkele grond dat hij niet in staat is een contractuele verplichting na te komen.’ Enkel onmacht is niet toereikend, er zal nog iets bij moeten komen. Dat ‘iets’ bestaat uit gebleken onwil van de debiteur. Gewezen echtelieden kunnen wel roepen dat ze onmachtig zijn te betalen, maar de dreiging van lijfswang moet bewerkstelligen dat ze tóch over de brug komen. Dat levert geen vreemde eend in de bijt op, aldus Schneider. Het is niet leedtoevoeging

en dus straffen wat het civiele recht hier doet, maar een rake remedie bieden voor die gevallen waarin betalingsonwil het de alimentatiegerechtigde té moeilijk maakt om zich te verhalen op de vermogensbestanddelen van de alimentatieplichtige.⁷

1.2.14 *Liegen en bedriegen in de procedure. Wat doet de rechter eraan?*

In ‘De rekening voor het eigen gedrag?’ (hoofdstuk 16) bespreekt Ilja Tillema de proceskostenveroordeling als middel voor de civiele rechter om op te treden tegen partijen die handelen in strijd met hun plicht om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In hoeverre maakt de rechter daarvan in de praktijk gebruik, wat zijn daarvoor de redenen, wat zijn de (on)mogelijkheden van deze functie van de proceskostenveroordeling? En weten we of zo’n veroordeling een rake remedie is?

Tillema onderzocht 87 uitspraken waarin gebruik werd gemaakt van artikel 21 Rv. Dit artikel geeft aan de rechter een remedie tegen – (te) kort gezegd – liegen, bedriegen en halve waarheden. Het staat de rechter vrij om daaraan de gevolgtrekking te verbinden die hij geraden acht. Dat is een nogal vaag geformuleerde remedie (en bovendien staat het de rechter vrij om niets te doen), maar gedacht kan worden aan het verzwaren van de bewijslast, het buiten beschouwing laten van onjuiste of onvolledige stellingen, de geloofwaardigheid van andere stellingen in twijfel trekken, maar ook: de nalatige partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren. Tillema laat gedetailleerd zien dat rechters nauwelijks gebruikmaken van deze financiële sanctie; zij stellen vermoedelijk liever de liegers en bedriegers in het ongelijk en laten het daarbij. Dat heeft, zo analyseert Tillema, te maken met onduidelijkheid over de verhouding tussen de ‘geraden gevolgtrekking’, het liquidatietarief en de veroordeling in nodeloos gemaakte kosten. Toch is zij van oordeel dat de rechter die artikel 21 Rv inroept, niet gebonden is aan beperkingen van het liquidatietarief. Bovendien zou de kostenveroordeling ex artikel 21 Rv een rakere remedie zijn dan het enkele in het ongelijk stellen; ook liegers en bedriegers kunnen namelijk appèl instellen. Vervolgens legde Tillema aan een aantal rechters vragen voor om meer duidelijkheid te verkrijgen over wat rechters beweegt om liever niet deze oorvijs uit te delen. Onder

⁷ In die zin is lijfswang dus een flankerende remedie naast de overheidsondersteuning van privaatrechtelijke remedies door het LBIO. Zie daarover vooral Marjanne Kroonen, ‘Het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Privaatrecht ondersteund - doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: BJU 2007, p. 61 e.v.

meer werd opgemerkt dat de wederpartij niet in zijn belangen geschaad zou zijn door het onoorbare gedrag. Dat is een opmerkelijke redenering als we ervan uitgaan dat voor elke ontdekte onoorbaarheid er tegelijk meerdere niet-ontdekte onoorbaarheden zijn: door niet of nauwelijks te straffen, gaat van deze remedie vermoedelijk weinig preventieve werking uit.

Al met al komt Tillema tot de conclusie dat de proceskostenveroordeling een gulden middenweg kan zijn om te voorkomen dat een onoorbare proceshouding de ene keer tot een vermanend woord van de rechter leidt en de andere keer tot niet-ontvankelijkheid.

1.3 Enkele lijnen uit de bijdragen

De bijdragen in dit boek beogen niet alleen de onderzochte remedies in kaart te brengen, maar ook ‘door te lichten’. Hoe moet over de remedie worden geoordeeld? Die vraag vergt het gebruik van een methode en een passend meetinstrument. Voor de hand ligt het om aan te sluiten bij de gangbare evaluatiemaatstaven, waarbij de remedie ‘doorgelicht’ wordt op *effecten*, op *effectiviteit* en op de bijdrage die zij levert aan *maatschappelijke efficiëntie en rechtvaardigheid*.

1.3.1 *Effecten van remedies*

Het onderzoeken van effecten is in theorie redelijk simpel: men stelt zich bijvoorbeeld de vraag wat er is veranderd na de invoering van een bepaalde wet of het stellen van een bepaalde regel in de rechtspraak. Dat zegt op zichzelf echter niet zoveel. Een verandering kan een effect zijn, maar het hoeft natuurlijk in het geheel niet. Hier geldt dat hoe langer de causale ketens en hoe groter de kans op tussenkomende oorzaken zijn, des te moeilijker het is om iets zinnigs te zeggen over effecten. Zo zal het te zijner tijd ‘doorlichten’ van de Wet deelgeschilprodecure op effecten niet eenvoudig zijn – zeker omdat de wetgever geen nulmeting heeft verricht. Of deze wet tot een afname of juist een toename van het beroep op de rechter zal leiden, zal waarschijnlijk moeilijk te meten zijn. Het meten van effecten is dus praktisch moeilijk, maar het is niet onmogelijk om bij benadering uitspraken te doen over effecten.

Daarom wordt in veel van de bijdragen aan dit boek getracht om voorzichtig kwalitatief en soms ook kwantitatief onderzoek te verrichten zodat enigszins zicht wordt verkregen op het gebruik van de remedie en op de werkelijke effecten van dat gebruik. Ook kunnen zo voorspellingen worden gedaan. Die invalshoek wordt bijvoorbeeld gekozen door Oude Hergelink en Tuls waar het gaat om de Wet deelgeschilprodecure, maar ook door Van Vlooten en De Hoogh waar het de proceskostenveroordeling in IE-zaken en

de ruime mogelijkheid tot het leggen van beslag betreft. Soms zijn effecten ook intuïtief aan te voelen of ‘in de wandelgangen’ te horen (anekdotisch bewijs noemen we dat dan). Zo lijkt de stelling van De Boer plausibel dat mediation mogelijk tot een beter herstel van samenwerkingspotentieel aanleiding kan geven bij afgebroken onderhandelingen dan de kale plicht tot heronderhandelen (op straffe van dwangsom).

1.3.2 *Effectiviteit van remedies*

Als men iets over effecten kan zeggen, kan men ook trachten om berekend de effectiviteit van remedies te onderzoeken. Dan is wel nodig dat we een globaal idee hebben van doel en functie van de onderliggende materiële regel. En daarvoor is nodig dat we weten wat de regelsteller bewoog bij het vormgeven van de materiële rechtsregel, want effectiviteit betreft vooral de vraag of de doelen van een regel worden bereikt. De vraag verschuift dan naar het achterhalen van het doel van de regel. Denkt men in termen van ‘het beschamen van vertrouwen moet niet lonen’, dan zou dat waarschijnlijk pleiten – getuige de bijdrage van Van der Graaff – voor volledige winstaftocht en zelfs – aldus Woutering – voor goederenrechtelijke versterking van de verbintenissenrechtelijke aanspraak. Denkt men in termen van vergeldende rechtvaardigheid, dan is wellicht beter te billijken dat slechts de onrechtmatig toegebrachte schade voor vergoeding in aanmerking komt. Denkt men in termen van gedragssturing, dan moet bij de zorgvuldigheidsnorm de remedie worden gevonden die de juiste prikkels geeft tot het gewenste gedrag. Dan is de vraag kort gezegd of het uitblijven van onrechtmatige gedragingen beter gewaarborgd wordt door de dreiging van schadevergoeding dan wel de dreiging van winstaftocht.

Het is dus van belang om precies te weten wat de doelen van regels zijn. Dat laat zich goed illustreren aan de hand van het Europese privaatrecht – waar Van der Schee zijn hoofdstuk aan wijdt – dat in Europese richtlijnen is neergelegd en dat de nationale wetgevers opdraagt om goed na te denken welke wettelijke remedies ter uitvoering van de richtlijn ter hand worden genomen (en voor rechters is er de bijbehorende vervolgoedracht wat betreft toepassing van die wetten). Nog pregnanter is de situatie waarin de Europese richtlijn voorschrijft hoe de remedie er uit moet zien, maar geen rekening houdt met de zeer uiteenlopende inbedding in de verschillende lidstaten. De IE-handhavingsrichtlijn is daar een voorbeeld van.⁸ Van Vlooten laat zien dat die regeling te vérgaande prikkels kan blijken te hebben! Wientjes laat aan de hand van de prospectusproblematiek mooi

8 Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004, *PbEG* L 195, inzake handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, geïmplementeerd bij wet van 8 maart 2007, *Stb.* 2007, 108.

zien dat juist een combinatie van remedies – civielrechtelijk én bestuursrechtelijk – een krachtiger effect kan bewerkstelligen dan elk van die remedies geïsoleerd zou kunnen bereiken. Het komt er dus op aan in welke termen de regelstellende wetgever of rechter de remedie als oplossing ziet voor een bepaald probleem.⁹ Zo zien we bij wettelijke rente – dankzij de bijdrage van Vis aan deze bundel – dat het gekozen perspectief heel belangrijk is. Wil wettelijke rente compenseren of voorkomen? Dat perspectief moet helder zijn wil men effectiviteit kunnen beoordelen.

Een van de bevindingen die we tegenkomen is dat klassieke remedies soms niet de kern van het probleem raken. Om een voorbeeld te noemen: hoe zou een klassieke privaatrechtelijke remedie worden ‘ingezet’ waar het gaat om onheuse bejegening van klanten of patiënten? Een klassieke ex-post remedie zou schadevergoeding zijn. Dan is vooral de vraag of die vergoeding ingepast kan worden in het systeem van artikel 6:106 BW. Vergoeding kan zeker zinvol zijn om ‘pijn’ te verzachten en genoegdoening te geven. Die functie heeft het bijvoorbeeld bij consumentengeschillen waar soms symbolische bedragen worden vergoed om genoegdoening te geven. In die zin kan schadevergoeding voor onheuse bejegening dus mogelijk een redelijk rake remedie zijn. Maar of het ook tot voorkoming van ‘recidive’ kan prikkelen, is nog maar de vraag. Zeker als schadevergoeding door verzekeraars wordt gedragen of door het stroppenpotje van het bedrijf, terwijl de organisatie waarbinnen dergelijke bejegeningfouten keer op keer worden gemaakt geen lessen leert, dan is de remedie in dat opzicht dus minder raak.

Soms moet dan de conclusie zijn dat het instrumentarium van het privaatrecht wat beperkt is – of misschien beter: traditioneel beperkt wordt ingezet. Zo wordt overwogen om schadevergoeding toe te kennen in gevallen van apert onheuse bejegening (bijvoorbeeld bij schadeafwikkeling door verzekeraars).¹⁰ Maar pakt deze remedie de wortel van het probleem aan? ‘Achter de voordeur kijken’, zoals dat tegenwoordig meer in zwang is geraakt als het gaat om opvoeding en gezinsgedrag, doet het privaatrecht kennelijk liever niet. Meerman laat goed zien dat een (collectieve) gebods- of verbodsactie tegenover ziekenhuizen met een slechte staat van dienst, meer theorie dan praktijk zal zijn. Daar zijn oorzaken voor aan te wijzen.

9 In algemene zin daarover Frank Bohn, *Der Sanktionsgedanke im Bürgerlichen Recht*, Berlin: BWV 2005, p. 38 e.v.

10 Zie bijv. wat betreft ‘onverkwikkelijke afwikkeling’ als smartengeldfactor: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 505; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 74; J.L. Smeehuijzen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009, p. 328 e.v.; N. van Tiggele-van der Velde, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade - Een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid?* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2009, p. 46 e.v.

Rechters zijn terughoudend in het toekennen van een ingrijpend verbod of gebod. En eisers moeten naast een juridisch belang ook een feitelijk belang hebben. Welk individu werpt zich op als de hoeder van (al)gemene belangen? Wie heeft blijvend belang bij het controleren van de naleving van de opgelegde plicht? Individuele getroffen en zullen juist ook ‘afsluiting’ van hun dossier willen en verder willen gaan met hun leven. Dat maakt dat het privaatrecht niet onbegrensde toekomstgerichte remedies zal genereren – althans niet op individueel niveau.

Dat klassieke remedies beperkingen kennen, komt op een geheel andere manier aan de orde in de betogen van Woutering en Van der Graaff. De eerstgenoemde toont dat het recht op schadevergoeding ‘slechts’ een verbintenisrechtelijke aanspraak geeft en dus veelal het onderspit zal delven in geval van *concursum creditorum*, terwijl de laatstgenoemde laat zien dat winstafdracht wel wenselijk maar niet mogelijk is. Wat de beide onderwerpen gemeen hebben is dat het vanuit de positie van de benadeelde in essentie irrelevant is of het nu de crediteuren van de laedens zijn of de laedens zelf is die profiteert van het wangedrag. In beide gevallen ontbreekt het de benadeelde aan een rake remedie. Kennelijk is het Engelse recht in beide gevallen raker (althans: straffer). De aanpak van ‘vexatious litigants’ in common law jurisdicties – vide Bruijnzeel – is ook behoorlijk straf. Vermoedelijk is dat mede in verband te brengen met het verschil tussen de van origine straffere common law en de mogelijk iets meer ‘conciliërende’ Noord-Europese continentale rechtscultuur. Misschien is het helemaal niet eigen aan onze rechtscultuur om remedies écht raak te willen laten zijn...

1.3.3 *Efficiëntie en rechtvaardigheid: maatschappelijke winst*

Het derde meetinstrument dat men zou kunnen hanteren, stelt de vraag naar ‘efficiëntie’, een extern normatief beoordelingscriterium zoals in de rechtseconomie gebruikelijk is. Daarbij wordt niet gekeken naar de doelen die de regelgever of rechter zelf aan zijn keuze ten grondslag legt, maar naar de maatschappelijke kosten en baten en vooral of de regel en haar handhaving per saldo welvaartverhogend zijn. Dat is een normatief concept zoals rechtvaardigheid dat ook is. Tegelijk schuilt daarin ook de ongrijpbaarheid van deze concepten: hoewel conceptueel mooi, is het in de dagelijkse praktijk van het privaatrecht maar moeilijk om ze te operationaliseren. Denk bijvoorbeeld aan de problematiek die de bijdragen van Bruijnzeel en Tillema gemeen hebben. De regels die zij analyseren, beogen te waarborgen dat de schaarse tijd die rechters hebben, gevuld is met rechtszaken die ‘ergens over gaan’. Daarvoor is nodig dat vorderingen die geen aandacht verdienen, ook geen aandacht krijgen en dat partijen die onoorbare praktijken bezigen, passende sancties te wachten staan. De remedies die het recht hier

geeft – of zou moeten geven – willen dus een rechtvaardige verdeling van schaarse middelen bewerkstelligen en misbruik van de schaarse tijd van de rechter voorkomen. In de praktijk is het bijzonder moeilijk om dat ideaal te bereiken, om alle redenen die Bruijnzeel en Tillema schetsen.

Overigens kan bij een extern normatief beoordelingscriterium zoals rechtvaardigheid ook goed worden gekeken naar de functie die het privaatrecht in onze maatschappij vervult. Die werpt namelijk weer licht op de eisen die aan de regels en hun handhaving door inzet van remedies mogen worden gesteld en ook op *verandering* in die eisen. Als het bijvoorbeeld zo is dat het recht op schadevergoeding uit afd. 6.1.10 BW voor wat betreft letselschade een belangrijke genoegdoeningsfunctie heeft, dan kan wellicht uit slachtofferoptiek worden gezegd dat het minder belangrijk is dat hij tot twee cijfers achter de komma exact vergoed krijgt, maar belangrijker dat zijn dossier serieus genomen wordt, hij snel en adequaat gecompenseerd wordt en dat hij onder omstandigheden ook excuses kan eisen voor het ondergane leed. De druk die het laatste decennium op het stelsel van afd. 6.1.10 BW wordt uitgeoefend bij letselschadegevallen, weerspiegelt daarmee de veranderende maatschappelijke behoeften waar het de privaatrechtelijke remedies na een ongeval betreft.¹¹

1.4 Tot slot

In de bijdragen komen uiteenlopende aspecten van civielrechtelijke remedies aan de orde, maar er worden ook gemeenschappelijke verbanden gelegd tussen de herijking van de functie van ‘klassieke’ remedies in het privaatrecht en het zoeken naar nieuwe vormen van handhaving binnen en buiten de eigenlijke grenzen van het privaatrecht en burgerlijke procesrecht. Een open discussie daarover, met respect voor maar ook met relativering van privaatrechtelijke dogma’s is nodig. De bijdragen aan dit boek leveren naar onze overtuiging een zinvolle bijdrage aan die discussie.

11 Inzicht in die verschuiving in de eisen die aan het schadevergoedingsrecht bij letselschade worden gesteld, geeft lezing van bijv. W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag: BJU 2004, p. 1 e.v.; Xavier Pradel, *Le Préjudice dans le Droit Civil de la Responsabilité*, Paris: LGDJ 2004, p. 1 e.v.; S.D. Lindenbergh, ‘Vaststelling van letselschade, veel aandacht voor een fictieve toekomst, weinig voor daadwerkelijke financiële zekerheid’, *MvV* 2008, p. 118-124.

II Het afwikkelingstraject na medisch letsel; voorkomen van secundaire victimisatie ex ante verdient de voorkeur boven vergoeden ex post

M.N.C. Meerman

In deze bijdrage staat de vraag centraal of het recht een ‘rake remedie’ biedt om secundaire victimisatie bij patiënten met medisch letsel te voorkomen dan wel te beperken. Aangenomen wordt dat het afwikkelingstraject na een medische misser dermate belastend kan zijn voor een patiënt dat deze als het ware nog een keer slachtoffer wordt. Dit hernieuwde slachtofferschap kan veroorzaakt worden door onzorgvuldige gedragingen van de arts of diens medische aansprakelijkheidsverzekeraar, in de omgang met de patiënt. In dit kader is diverse regelgeving te onderscheiden waarin gedragsregels voor artsen en verzekeraars zijn geformuleerd. Handhaving van die regelgeving kan vervolgens op verschillende niveaus geschieden, ieder met hun eigen (on)mogelijkheden tot het opleggen van maatregelen of sancties. Veelal wordt in de literatuur de oplossing gezocht in het toekennen van een extra bedrag aan smartengeld in een civiele procedure. ‘Herstel gaat voor vergoeding’ brengt mijns inziens mee dat schadevergoeding als remedie niet de voorkeur kan verdienen. Ex post handhaving via het civiele recht lijkt de emotionele belasting eerder te vergroten dan dat het een efficiënte oplossing biedt. Het naleven van de gestelde gedragsregels kan dan ook wellicht het beste bereikt worden door meer aandacht te besteden aan voorlichting en training van de betrokken partijen.

2.1 Inleiding

Elke arts krijgt in zijn loopbaan wel eens te maken met een kunstfout, een klacht of ander incident. Het maken van fouten is menselijk, dit geldt even goed voor artsen. Een arts kan een verkeerde inschatting maken door bijvoorbeeld te veel mee te gaan in een verklaring van een patiënt, tunnelvisie, onkunde, moeheid, overmoed, stress, een ruzie thuis of een aangrijpende gebeurtenis.¹ Dat medische fouten worden gemaakt is bekend. Jaarlijks

1 Voorbeelden ontleend aan: H. Molendijk & I. Leistikow (red.), *Dit nooit meer. Artsen vertellen over hun incident*, Utrecht: Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg CBO 2009.

hebben ruim 70.000 patiënten te maken met extra complicaties als gevolg van vermijdbare gebeurtenissen in het ziekenhuis.²

Aangenomen wordt dat het afwikkelingstraject na een medische misser in psychische zin dermate belastend kan zijn voor de patiënt dat deze als het ware nog een keer slachtoffer wordt. Hierbij spelen veelal de gedragingen van een arts of diens medische aansprakelijkheidsverzekeraar in de omgang met de patiënt een belangrijke rol. Het slachtoffer kan zich 'een speelbal voelen van ontwikkelingen waar hij geen vat op heeft, waarvan bepaalde elementen door hem als belastend, grievend of zelfs vernederend worden ervaren'.³ De patiënt voelt zich als het ware voor de tweede keer 'gepakt', dit wordt aangeduid met de term *secundaire victimisatie*.⁴

Ten aanzien van de afwikkeling na een medisch incident is verschillende wetgeving te onderscheiden en zijn diverse branche-initiatieven genomen. Naast bescherming van patiëntenrechten is het doel veelal het bewaken en handhaven of bevorderen van de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Dat de afwikkeling na een medische misser ondanks deze vormen van regulering te wensen overlaat, blijkt onder andere uit aanbevelingen van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG)⁵

2 Dit blijkt uit het rapport Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen van het EMGO instituut en het NIVEL van 25 april 2007, te vinden via <www.nivel.nl/pdf/onbedoelde-schade-in-nederlandse-ziekenhuizen-2007.pdf>.

3 A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007-4, p. 103-118.

4 Zie o.a.: W.C.T. Weterings in noot 47 uit W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 128; J.W. van Ree & M.W. de Vries, *Psychiatrie*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 164; T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen, *Actuele ontwikkelingen in de forensische psychiatrie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53-54; P.J. van Koppen, *Het recht van binnen: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 902; J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk. Enige praktische aspecten van de letselschaderegeling*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1998, p. 54-55.

5 De KNMG geeft informatie aan artsen over hoe zij om dienen te gaan met patiënten na een incident: KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007; KNMG, VIII.02 Arts en klacht of geschil, Utrecht: KNMG 2004; KNMG, VIII.03 Arts en omgaan met fouten, Utrecht: KNMG 2000; KNMG, VIII.04 Openheid over fouten, Utrecht: KNMG 2003.

en onderzoeken van stichting De Ombudsman.⁶ Ook zijn er vele oproepen vanuit de literatuur om de positie van een slachtoffer na een schadeveroorzakende gebeurtenis te verbeteren.⁷ In deze bijdrage staat de vraag centraal of het recht voor een patiënt met medisch letsel een ‘rake remedie’ biedt om secundaire victimisatie te voorkomen of te beperken. Daarnaast geef ik aan of dit wenselijk is. Mijn onderzoek is gebaseerd op literatuurstudie en enkele gesprekken met deskundigen.⁸

Ik beperk mij in deze bijdrage tot patiënten met letsel ten gevolge van een medische ingreep. Dit letsel kan het gevolg zijn van zowel een complicatie als van een kunstfout (tezamen aangeduid als ‘incident’). Ik ga niet in op de complicatie of kunstfout zelf, maar enkel op de omgang met de patiënt nadat het incident zich heeft voorgedaan. In het kader van de afwikkeling bespreek ik zowel de rol van de arts als die van de verzekeraar, waarbij nu en dan ook het ziekenhuis en de belangenbehartiger van de patiënt aan bod komen. De afwikkeling loopt vanaf het moment dat het incident heeft plaatsgevonden tot het moment waarop het dossier wordt gesloten.

- 6 Rapport van stichting De Ombudsman. Over leven in de medische letselschadepraktijk. Een onderzoek naar de positie van de patiënt en de rol van de ketenpartners tijdens de afhandeling van een medische letselschadezaak, Hilversum: Drukkerij De Toekomst 2008.
- 7 Zie o.a.: A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden’, *TVP* 2007-4, p. 103-118; A.J. Akkermans e.a., ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 2008, p. 778-784; K.A.P.C. van Wees e.a., ‘Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht’, *AA* 2007-11, p. 852-861; J.L. Smeehuizen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009-9, p. 328-340; J.L. Smeehuizen, ‘De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2009-3, p. 160-174; W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; N. van Tiggele-Van der Veld, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade; een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid* (oratie Nijmegen), [S.l.] : [s.n.] 2009; J.M. Beer, ‘Normering in het schaderegelingsproces’, in: W.A.M. van Schendel e.a., *De kwaliteit van het schaderegelingsproces. Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2000*, Lelystad: Vermande 2000, p. 17-23.
- 8 Met dank aan Centramed en de heer J. Legemaate namens de KNMG voor het beantwoorden van mijn vragen.

Ik begin deze bijdrage met een bespreking van secundaire victimisatie. Hierbij geef ik aan wat secundaire victimisatie is, hoe deze zou kunnen ontstaan, wat de gevolgen kunnen zijn en hoe secundaire victimisatie zou kunnen worden voorkomen of beperkt. Vervolgens bespreek ik verschillende juridische initiatieven die zijn genomen om tot een meer heilzame wijze van afwikkeling te komen. Deze regelingen bevatten onder meer gedragsregels die proberen secundaire victimisatie te ondervangen. Na in kaart te hebben gebracht wat er is aan regelgeving, kom ik toe aan de normering en handhaving ervan. Ten slotte geef ik mijn visie op de vraag of het recht secundaire victimisatie *moet* voorkomen en met welke remedies dit kan worden vormgegeven.

2.2 Secundaire victimisatie

Secundaire victimisatie is een fenomeen dat op tal van terreinen een rol speelt. Het gaat om slachtofferschap dat niet zozeer het gevolg is van de schadeveroorzakende gebeurtenis maar van de reactie van instellingen en particulieren nadien op het slachtoffer. Gesteld wordt dat er sprake is van een gebrek aan inzicht in het leed van het slachtoffer. Houding, gedrag, handelingen of nalatigheden van partijen kunnen vervolgens leiden tot een extra (secundair) trauma.⁹ In de literatuur wordt secundaire victimisatie ook wel omschreven als hernieuwd slachtofferschap als gevolg van het letselschadeproces, meer in het bijzonder door de bejegening die het slachtoffer ondervindt van onder meer belangenbehartigers, de veroorzaker, verzekeringsmaatschappijen en artsen.¹⁰ In deze bijdrage richt ik mij op de omgang van de betrokken arts en diens verzekeraar met de patiënt. Daarbij

9 Aldus in Nederland o.a. W.C.T. Weterings in noot 47 uit W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 128; J.W. van Ree & M.W. de Vries, *Psychiatrie*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 164; T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen, *Actuele ontwikkelingen in de forensische psychiatrie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53-54; P.J. van Koppen, *Het recht van binnen: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 902.

En literatuur uit het buitenland o.a.: I. Aertsen e.a., *Vademecum politie slachtofferbejegening*, Gent: Academia Press 2002, p. 39 e.v.; L. Wolhuter, N. Olley & D. Denham, *Victimology: victimisation and victims' rights*, Routledge-Cavendish 2008.

10 A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007-4, p. 103-118.

zal ik ook aandacht besteden aan de rol van het ziekenhuis en de belangenbehartiger van het slachtoffer.

Secundaire victimisatie kan ontstaan door de niet-vervulling van de immateriële behoeften van een patiënt nadat deze is geconfronteerd met medisch letsel. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de gedragingen van de arts en de later ten tonele te verschijnen verzekeraar. Van belang is op te merken dat een bepaalde gedraging of opstelling van een arts of verzekeraar door patiënten wellicht verschillend zal worden ervaren. Eenzelfde gedraging zal niet in alle gevallen leiden tot gevoelens van secundaire victimisatie. Het soort letsel, de mate van weerbaarheid en andere persoonlijke kenmerken zullen daarbij ook een rol spelen.¹¹

2.2.1 *Gedragingen van de arts en de rol van het ziekenhuis*

Direct na het incident staat de omgang van de organisatie van het ziekenhuis met de patiënt centraal. Als voedingsbodem voor secundaire victimisatie kan in die eerste periode onder meer worden genoemd de gebrekkige of niet aanwezige communicatie met de patiënt, weinig tot geen persoonlijke aandacht, gebrek aan zorgzaamheid en onheuse bejegening. Te denken valt daarbij aan de situatie dat de betrokken arts verzuimt of weigert uitleg te geven over wat er is gebeurd, gemaakte fouten niet toegeeft, geen medeleven dan wel empathie toont jegens de patiënt, geen spijt betuigt in het geval zich een complicatie heeft voorgedaan of geen excuses aanbiedt wanneer er sprake is van een evidente fout.

De betrokken arts is voor de patiënt het meest zichtbaar en speelt dan ook de belangrijkste rol in de eerste opvang na een medisch incident. In geval van een ernstig incident is het succesvol managen ervan de voornaamste taak van het ziekenhuis.¹² Hiertoe hebben een aantal ziekenhuizen protocollen opgesteld. Het ziekenhuis kan daarnaast de patiënt of diens naasten of nabestaanden (psychische) begeleiding bieden.

11 Zie in dit verband: R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, WODC 2007.

12 Wat wordt verstaan onder dit 'managen' komt naar voren in: A. van Bon & H. Molendijk, *Als het misgaat. Over openheid na een incident*, Zwolle: Centrum Patiëntveiligheid Isala 2009, p. 42-55.

2.2.2 *Gedragingen van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar*

Wanneer de patiënt besluit een civiele procedure te starten, verdwijnt de arts veelal uit beeld en zal diens verzekeraar of het ziekenhuis optreden als wederpartij. Ten aanzien van de verzekeraar wordt in die fase van afwikkeling gesteld dat secundaire victimisatie wordt gevoed door diens onzorgvuldige gedragingen in het letselschadeproces. Hierbij valt onder meer te denken aan onheuse bejegening, vertraagde afwikkeling, vertraagde bevoorschotting en het ontkennen van aansprakelijkheid tegen beter (moeten) weten in.¹³ De duur van het proces speelt ook een belangrijke rol, naarmate de procedure langer duurt, is de belasting significant hoger.¹⁴ Ten aanzien van gedragingen van de verzekeraar is het van belang op te merken dat gewaakt moet worden voor oordelen met kennis achteraf. Zaken betreffende medische aansprakelijkheid vergen vaak de nodige onderzoeken. Of de betrokken arts aansprakelijk is voor het opgetreden medisch letsel is veelal geen evident gegeven. Het is dan ook onjuist om op basis van achteraf verkregen inzichten te concluderen dat de houding van de verzekeraar tijdens de afwikkelingsprocedure voorafgaand aan die inzichten onrechtmatig is geweest.¹⁵

2.2.3 *Gedragingen van de belangenbehartiger*

Na een eventueel eerste gesprek heeft de medische aansprakelijkheidsverzekeraar vrijwel alleen nog contact met de belangenbehartiger van de patiënt. Het beeld dat de patiënt zich vormt van de verzekeraar wordt dan ook in belangrijke mate beïnvloed door de gedragingen van de belangenbehartiger. Teneinde secundaire victimisatie zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken dient de belangenbehartiger zich professioneel op te stellen en zich rekenschap te geven van de behoeften van zijn cliënt. In dat kader is het is aan de belangenbehartiger om de patiënt goed te informeren en eventuele vijandigheid jegens de verzekeraar weg te nemen. De belangenbehartiger moet zijn cliënt zorgvuldig begeleiden en voorkomen dat bij de patiënt onterechte verwachtingen worden gewekt die later zouden kunnen leiden tot onnodige misstanden, teleurstelling en frustraties. Gestreefd moet worden

- 13 J.L. Smeehuizen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009-9, p. 328-340.
- 14 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, WODC 2007.
- 15 W.S. Oostveen-Kouwenhoven, E.F.E. Palmen & I.M. Lems, 'Verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht', *Juridisch up to date* 2009-23, p. 18-24.

naar een klimaat waarin open gecommuniceerd wordt. Het uitgangspunt moet zijn dat de patiënt centraal staat en dat partijen gezamenlijk tot een oplossing proberen te komen.¹⁶

2.2.4 *Wat is de schade?*

Kijken we naar de gevolgen van secundaire victimisatie, dan doet zich de vraag voor wat kan worden aangemerkt als de ‘schade’ die het gedrag van de arts dan wel de verzekeraar teweeg heeft gebracht. Het gaat dan om de extra schade bovenop het letsel dat de patiënt al heeft wegens de medische fout of opgetreden complicatie. Deze ‘schade’ is onder meer emotioneel van aard en daardoor niet vrij eenvoudig vast te stellen of in een civiele procedure te bewijzen. Er is immers al sprake van leed, verdriet, teleurstelling, frustratie, onzekerheid en wellicht wanhoop. Daarnaast is een direct verband met de duur van het letsel moeilijk te leggen. Een beroep op secundaire victimisatie teneinde een extra bedrag aan smartengeld te verkrijgen, wordt dan ook lang niet altijd aangenomen.¹⁷ Secundaire victimisatie zou daarnaast ook gevolgen kunnen hebben voor de kosten van het afwikkelingstraject. Mijns inziens zou het accent van het aanpakken van secundaire victimisatie dan ook niet moeten liggen op het ex post vergoeden, maar op het voorkomen ex ante. Waarom het gezegde ‘voorkomen is beter dan genezen’ absoluut geldt voor het probleem van secundaire victimisatie en hoe dit geconstrueerd kan worden, komt later in deze bijdrage aan bod.

2.2.5 *Secundaire victimisatie voorkomen of beperken door gedragsaanpassing*

De vraag welke omstandigheden secundaire victimisatie zouden kunnen voorkomen of beperken, dient beantwoord te worden door met name te kijken naar de behoeften van patiënten die medisch letsel is overkomen. Wat willen deze slachtoffers? Uit onderzoek blijkt dat naast een financiële compensatie voor hetgeen men is overkomen en een vergoeding voor de materiële schade, met name immateriële behoeften een rol spelen.¹⁸

16 Zie in dit verband ook: J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk. Enige praktische aspecten van de letselschaderegeling*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1998, p. 56-57.

17 Rb. Zutphen 10 januari 2007, *LJN* BA4423, r.o. 4.42.; Rb. 's-Hertogenbosch 6 augustus 2008, *LJN* BI0701, r.o. 3.90-3.92.

18 A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden’, *TVP* 2007-4, p. 103-118; R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen*

Informatievoorziening en communicatie zijn daarbij sleutelwoorden. In eerste instantie gaat het om informatie van de arts of het ziekenhuis, inclusief openheid en eerlijkheid over een eventueel gemaakte fout of opgetreden complicatie. De patiënt wil na een incident weten wat er is gebeurd en hoe het heeft kunnen gebeuren en wil voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.¹⁹ In het verdere afwikkelingstraject is ook de informatieverstrekking door de belangenbehartiger²⁰ en de verzekeraar van groot belang voor het slachtoffer: deze wil zich voldoende betrokken voelen bij de procedure. Naast informatievoorziening is erkenning voor het letsel, het leed en het verdriet dat het incident teweeg heeft gebracht van belang. Ook willen patiënten graag dat de betrokken arts zijn excuses aanbiedt wanneer een ingreep niet volgens verwachting is verlopen.²¹ Ten aanzien van de verzekeraar is het, naast een correcte wijze van bejegening, van belang dat deze zich actief inzet voor een spoedige afwikkeling. Dit kan worden gedaan door bijvoorbeeld snel en adequaat te reageren op brieven en zo spoedig mogelijk te beslissen aansprakelijkheid wel of niet te erkennen. Daarnaast ligt het geven van voorschotten voor de hand bij in redelijkheid niet te betwisten vorderingen.

van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning, WODC 2007; K.A.P.C. van Wees e.a., 'Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht', AA 2007-11, p. 852-861; Akkermans e.a. 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden', AV&S 2009-3, p. 113-123; Rapport van stichting De Ombudsman. *Over leven in de medische letselschadepraktijk. Een onderzoek naar de positie van de patiënt en de rol van de ketenpartners tijdens de afhandeling van een medische letselschadezaak*, Hilversum: Drukkerij De Toekomst 2008.

- 19 Zo zag een patiënt af van verdere procedures onder voorwaarde dat de arts de complicatie die hij had veroorzaakt zou opschrijven en publiceren in een gezaghebbend, internationaal tijdschrift: H. Molendijk & I. Leistikow (red.), *Dit nooit meer. Artsen vertellen over hun incident*, Utrecht: Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg CBO 2009.
- 20 Belangrijke aspecten om secundaire victimisatie in dat stadium van afwikkeling te beperken worden genoemd in: J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk. Enige praktische aspecten van de letselschaderegeling*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1998, p. 55.
- 21 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, WODC 2007.

2.3 Juridische initiatieven tot een meer heilzame wijze van afwikkeling

De behoeften van patiënten na medisch letsel zijn duidelijk: meer aandacht voor de emotionele kant van het afwikkelingstraject. Deze immateriële behoefte kan vervuld worden door middel van een minder schadelijke wijze van afwikkeling. Dit gaat echter niet vanzelf. Gedragsregels voor artsen en verzekeraars worden gegoten in onder meer wettelijke regelingen, richtlijnen en gedragscodes. Hoewel deze regelingen over het algemeen meer beslaan dan enkel het ondervangen van secundaire victimisatie en in vrij algemene bewoordingen zijn geformuleerd, kunnen er wel degelijk gedragsregels uit worden afgeleid.

Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)

In de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) zijn een aantal bepalingen te vinden die een plicht voor de arts inhouden om zorg te dragen voor een goede communicatie met de patiënt. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de informatieplicht die op de arts rust.²² Deze informatieplicht omvat naast de elementen genoemd in artikel 7:448 BW ook het melden van fouten of complicaties.²³ Een meer algemene bepaling waaruit kan worden afgeleid dat op de arts de plicht rust zorg te dragen voor onder meer goede communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en bejegening is die van 'goed hulpverlenerschap'.²⁴ De aanbevelingen, richtlijnen en gedragsregels van de KNMG²⁵ geven nadere invulling aan de wettelijke verplichtingen van de arts.

Kwaliteitswet zorginstellingen

De Kwaliteitswet zorginstellingen ziet niet op individuele artsen, maar op de zorginstelling zelf. Deze wet kan echter toch van belang worden geacht

22 Art. 7:448 BW.

23 D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 185; J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007-1, p. 1-4; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 196.

24 Art. 7:453 BW; deze plichten laten zich afleiden uit de door de branche opgestelde gedragsregels.

25 KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007; KNMG, VII.02 Arts en klacht of geschil, Utrecht: KNMG 2004; KNMG, VIII.03 Arts en omgaan met fouten, Utrecht: KNMG 2000; KNMG, VIII.04 Openheid over fouten, Utrecht: KNMG 2003; KNMG, II.01 Gedragsregels voor artsen, Utrecht: KNMG 2002; KNMG, II.02 Toelichting op 'Gedragsregels voor artsen', Utrecht: KNMG 2002.

omdat het aan de zorginstelling is de zorgverlening op zodanige wijze te organiseren dat het de eigen kwaliteit bewaakt, beheerst en verbetert. In dit verband wijs ik met name op de plicht ‘verantwoorde zorg’ aan te bieden.²⁶

*Wetsvoorstel: Wet cliëntenrechten zorg*²⁷

Het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) ligt op het moment van schrijven van deze bijdrage bij de Tweede Kamer. Het is de bedoeling dat deze wet in 2011 in werking treedt. De exacte inhoud staat nog niet vast, wel geven een conceptversie van de wettekst²⁸ en de memorie van toelichting²⁹ een aardig beeld van hoe deze wet eruit kan gaan zien. Het is de bedoeling dat de Wcz de positie van de cliënt in de zorg versterkt. Dit komt in de memorie van toelichting het sterkst tot uitdrukking in de overweging dat de cliënt een afdwingbaar recht op goede zorg krijgt.³⁰

Geheel nieuw is de (concept)bepaling van artikel 24 Wcz:

‘De cliënt heeft er jegens de zorgaanbieder³¹ recht op dat deze van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de cliënt, zo spoedig mogelijk mededeling doet aan de cliënt en er melding van maakt in het dossier.’

De gedachte achter deze bepaling is dat het van groot belang is voor de openheid rond de zorgverlening dat de cliënten op de hoogte worden gesteld van incidenten bij de zorgverlening, zeker wanneer die tot schade (kunnen) leiden.³² Dit artikel beoogt onduidelijkheid weg te nemen rond de openheid over fouten in de gezondheidszorg. Voor artsen zou het eventuele onduidelijkheid weg kunnen nemen over wat zij wel en niet mogen zeggen

26 Art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen.

27 De rechten van de cliënt in de Wet cliëntenrechten zorg gelden voortaan niet alleen bij geneeskundige behandeling, maar in alle relaties tussen cliënten en zorgaanbieders. De bedoeling is dan ook dat de Wet cliëntenrechten zorg de WGBO, de Wet klachtrecht en de Kwaliteitswet zorginstellingen (gedeeltelijk) zal vervangen.

28 Dit conceptwetsvoorstel is als pdf-bestand te vinden via <<http://knmg.artsennet.nl/Artikel/Reageer-op-het-wetsvoorstel-clientenrechten-zorg.htm>>.

29 Als pdf-bestand te vinden via <<http://knmg.artsennet.nl/Artikel/Reageer-op-het-wetsvoorstel-clientenrechten-zorg.htm>>.

30 Deze gedachte heeft zijn vorm gekregen in de (concept)bepaling van art. 6 Wcz: ‘De cliënt heeft jegens de zorgaanbieder recht op goede zorg.’.

31 Onder zorgaanbieder wordt ingevolge conceptbepaling art. 1 lid 1 sub b Wcz verstaan de arts.

32 Als pdf-bestand te vinden via <<http://knmg.artsennet.nl/Artikel/Reageer-op-het-wetsvoorstel-clientenrechten-zorg.htm>>.

tegen een patiënt na een complicatie of medische fout. Het niet melden van fouten is in strijd met de wet.

Gedragscode Verzekeraars (2002)

De uit 2002 stammende Gedragscode Verzekeraars is mede van toepassing op de twee belangrijkste verzekeraars op het gebied van de gezondheidszorg: MediRisk en Centramed. De kern van deze gedragscode wordt ingevolge artikel 3.1 gevormd door een vijftal basiswaarden: betrouwbaarheid, professionaliteit, solidariteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en transparantie. Dat deze speerpunten ook betrekking hebben op de omgang met slachtoffers van medisch letsel blijkt onder meer uit de gedragsregels ter concretisering van de basiswaarde professionaliteit en solidariteit:

‘Wij staan degenen die bij ons een verzekering hebben afgesloten en hun slachtoffers bij en bieden hun een goede service, voorlichting en adequate schaderegeling.’³³

‘Wij dragen zorg voor een voortvarende, zorgvuldige en rechtvaardige schadebehandeling alsmede een tijdige uitbetaling van gelden, een en ander overeenkomstig de polisvoorwaarden.’³⁴

‘Omdat voorkomen beter dan genezen is, zetten wij in samenwerking met anderen onze kennis en middelen in ter bevordering van een goede schadepreventie.’³⁵

Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)

Mede dankzij het rapport *Over leven in de medische letselschadepraktijk*³⁶ van Stichting De Ombudsman, hebben de medische aansprakelijkheidsverzekeraars in samenwerking met het Verbond van Verzekeraars, de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (Stichting PIV) en het Nationaal Platform Personenschade (inmiddels ondergebracht in de Letselschade Raad) besloten te komen tot een gedragscode specifiek voor medische aansprakelijkheidszaken. Deze ‘Gedragscode Openheid medische

33 Gedragsregel P.e. uit Gedragscode Verzekeraars.

34 Gedragsregel P.f. uit Gedragscode Verzekeraars.

35 Gedragsregel S.b. uit Gedragscode Verzekeraars.

36 Rapport van stichting De Ombudsman. *Over leven in de medische letselschadepraktijk. Een onderzoek naar de positie van de patiënt en de rol van de ketenpartners tijdens de afhandeling van een medische letselschadezaak*, Hilversum: Drukkerij De Toekomst, p. 49.

incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid' (GOMA), welke beoogt het proces van afwikkeling te verbeteren en de openheid over incidenten te bevorderen, is op 16 juni 2010 geïntroduceerd. De gedragscode bevat een deel A, dat ziet op de adequate reactie op incidenten die tot schade hebben geleid of nog kunnen leiden, en een deel B, dat ziet op de adequate afhandeling van verzoeken om schadevergoeding. Het doel van de aanbevelingen is open en transparante communicatie met goed inzicht in het traject voor alle betrokken partijen.

Ten aanzien van de arts zien de aanbevelingen in deel A met name op het informeren³⁷ van de patiënt wanneer er sprake is van een incident. Indien er sprake is geweest van een fout dient de arts deze fout te erkennen en zijn verontschuldiging aan te bieden aan de patiënt.³⁸ Een opvallende aanbeveling is daarnaast nog dat de arts moet onderzoeken hoe het incident heeft kunnen ontstaan en activiteiten moet ondernemen die nodig zijn om te voorkomen dat het incident zich nog eens voordoet.³⁹ De aanbevelingen die zien op het handelen van de arts zouden een belangrijke invulling kunnen geven aan het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg.

De aanbevelingen voor de medische aansprakelijkheidsverzekeraar zien met name op het verstrekken van informatie,⁴⁰ het tempo⁴¹ en het al dan niet erkennen van aansprakelijkheid.⁴²

37 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbevelingen 2, 3 en 6.

38 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbeveling 8.

39 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbeveling 5.

40 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbevelingen 11 en 14.

41 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbevelingen 13 en 15.

42 De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA)*, Den Haag: De Letselschade Raad 2010, aanbevelingen 16 en 17.

2.4 Normering en handhaving

Uit hiervoor besproken regelgeving kunnen verschillende normen worden afgeleid voor de arts en de verzekeraar. Wanneer we deze normen vertalen naar plichten die op de verschillende partijen rusten in hun omgang met een patiënt, is het van belang een koppeling te maken naar de behoeften van de patiënt wanneer deze geconfronteerd wordt met medisch letsel. Onderscheid dient daarbij te worden gemaakt tussen de situatie waarbij secundaire victimisatie nog niet is opgetreden, en de situatie waarbij het afwikkelingsproces wel extra schade voor het slachtoffer teweeg heeft gebracht. Uit onderzoek⁴³ kan worden afgeleid dat in de eerste situatie de patiënt kwaliteit van (na)zorg belangrijk zal vinden; het slachtoffer heeft behoefte aan herstel. Daarnaast wil het slachtoffer dat voorkomen wordt dat een ander hetzelfde overkomt. Is secundaire victimisatie opgetreden, dan zal het slachtoffer genoegdoening willen in de vorm van een bedrag aan schadevergoeding.

Plichten die rusten op artsen, het ziekenhuis en verzekeraars

Voordat secundaire victimisatie is opgetreden, kunnen voor de arts en de verzekeraar drie hoofdverplichtingen worden onderscheiden: informatievoorziening, communicatie en zorgvuldige schadeafwikkeling. De informatieplicht geldt zowel voor de arts als voor de verzekeraar. Ten aanzien van de arts kan hierbij met name worden gewezen op de plicht openheid te geven over een opgetreden complicatie of gemaakte fout. Het melden van fouten valt onder de informatieplicht van artikel 7:448 BW, en is daarmee een wettelijke verplichting waaraan de arts moet voldoen. Aanbevelingen in de GOMA geven nadere invulling aan deze plicht. Volgens de KNMG heeft het ziekenhuis als taak artsen te stimuleren incidenten te melden. Dit is met name ook van belang in het kader van het kwaliteitsbeleid van het ziekenhuis. Daarnaast blijkt dat wanneer artsen meer incidenten melden dit ook de communicatie met patiënten verbetert.⁴⁴ Voor de verzekeraar komt de informatieplicht het best tot uitdrukking in de GOMA.

Ten aanzien van communicatie gaat het patiënten om erkenning voor het letsel, het leed en het verdriet dat het incident teweeg heeft gebracht. Dit kan onder meer worden bereikt door persoonlijke aandacht, empathie,

43 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, WODC 2007.

44 A. van Bon & H. Molendijk, *Als het misgaat. Over openheid na een incident*, Zwolle: Centrum Patiëntveiligheid Isala 2009.

zorgzaamheid en bejegening. Voor de arts komt diens plicht hiertoe onder meer naar voren in diverse aanbevelingen van de medische aansprakelijkheidsverzekeraars, de KNMG en in de aanbevelingen in de GOMA. De KNMG heeft in een reactie aangegeven dat de hoofdverantwoordelijkheid ligt bij de betrokken arts: het is belangrijk dat deze het afhandelen van een incident niet aan anderen overlaat. De arts moet idealiter snel en actief reageren op de situatie waarin de patiënt is geraakt. Het is aan het ziekenhuis artsen hiertoe te stimuleren.⁴⁵ Over het algemeen heeft het ziekenhuis enkel direct contact met de patiënt wanneer deze een claim heeft ingediend. Op het ziekenhuis rust de verantwoordelijkheid erop toe te zien dat de arts zijn afspraken nakomt. Wanneer artsen richtlijnen van de KNMG niet naleven, is het aan het ziekenhuis artsen hierop aan te spreken. Daarnaast rust op het ziekenhuis een verantwoordelijkheid op grond van de centrale aansprakelijkheid. Ook in dat kader heeft het ziekenhuis er belang bij dat goed met patiënten wordt omgegaan. Dit begint al bij de communicatiefase direct na het medisch incident, en geldt met de GOMA ook voor de fase van afwikkeling van de schadeclaim. Voor de verzekeraar komt de zorg voor een goede communicatie met het slachtoffer eveneens tot uitdrukking in die gedragscode.

Naast goede communicatie willen patiënten graag dat de betrokken arts zijn excuses aanbiedt wanneer een ingreep niet volgens verwachting is verlopen.⁴⁶ Van belang is in dit kader onderscheid te maken tussen een opgetreden complicatie en een gemaakte kunstfout. In het geval er sprake is van een evidente fout, is het de arts toegestaan excuses aan te bieden.⁴⁷ Indien het echter onduidelijk is of er sprake is van een fout dan wel van een complicatie mag de arts enkel spijt betuigen. Het is aan de betrokken arts om te voorkomen dat bij de patiënt de indruk zou kunnen ontstaan dat het

45 Zie in dit verband ook het boekje: A. van Bon & H. Molendijk, *Als het misgaat. Over openheid na een incident*, Zwolle: Centrum Patiëntveiligheid Isala 2009.

46 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning*, WODC 2007.

47 Dit is een aanbeveling van medische aansprakelijkheidsverzekeraars, de KNMG en komt ook tot uitdrukking in de aanbevelingen van de GOMA. Zie daarnaast ook: J. Legemaate e.a., 'Openheid over fouten in de gezondheidszorg', NTvG 2007-151, p. 319-322; KNMG, 'Bijlage 2 – Openheid over fouten: aanbevelingen voor artsen', in: *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007,; J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', TVP 2007-1, p. 1-4; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 197.

aanbieden van excuses of het betuigen van spijt (als vanzelfsprekend) met zich meebrengt dat de arts dan wel het ziekenhuis ook wettelijk aansprakelijk is voor het gebeurde en de gevolgen ervan. Erkenning van aansprakelijkheid is voorbehouden aan de medische aansprakelijkheidsverzekeraar. De arts kan in een gesprek met de patiënt aangeven dat hij de juridische beoordeling van het incident overlaat aan daartoe deskundige derden.

De plicht om zorg te dragen voor een zorgvuldige schadeafwikkeling acht ik een verantwoordelijkheid van de verzekeraar, de belangenbehartiger en het ziekenhuis. Dit omvat onder meer de plicht tot spoedige afwikkeling, bevoorschotting en het al dan niet erkennen van aansprakelijkheid. Voorkomen moet worden dat de procedure eindeloos duurt.

Sancties en de (on)mogelijkheden van effectieve handhaving in het tuchtrecht

Teneinde het gedrag van partijen te kunnen beïnvloeden, is het voorts van belang welke sancties in het vooruitzicht worden gesteld bij niet-nakoming van de gestelde plichten. De effectiviteit zal vervolgens afhangen van de verschillende mogelijkheden tot handhaving. Van belang is in eerste instantie onderscheid te maken tussen gedragsregels die voortvloeien uit de wet en gedragsregels die zijn opgesteld door private organisaties. Wanneer er sprake is van een overtreding van een wettelijke regel, maakt de arts of diens verzekeraar zich schuldig aan wanprestatie respectievelijk een onrechtmatige daad. Gedragsregels die zijn neergelegd in gedragscodes hebben daarentegen van zichzelf geen bindende kracht. Wel kunnen zij behulpzaam zijn bij het interpreteren van wettelijke bepalingen, bijvoorbeeld bij het recht van de patiënt op informatie of zorg van een goed hulpverlener.⁴⁸

Wanneer een patiënt besluit een klacht in te dienen tegen de betrokken arts betreffende de relationele aspecten van de zorg, kan dat op verschillende niveaus.⁴⁹ In de eerste plaats kan de patiënt de klacht met de betrokken arts bespreken. Een patiënt kan er ook de voorkeur aan geven dat een onafhankelijke derde hem ondersteunt of dat een bemiddelaar wordt aangetrokken. In de derde plaats kan de patiënt besluiten om zich (rechtstreeks) te wenden

48 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.

49 Dit kan worden aangemerkt als een van de klachtencategorieën, hieronder valt communicatie en bejegening: H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 270.

tot een klachtencommissie.⁵⁰ Ten slotte kan de patiënt zich wenden tot het tuchtrecht en/of het civiele recht.⁵¹ In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot het tuchtrecht⁵² en het civiele recht.

De tuchtrechter zal bij de toetsing van de beroepsuitoefening op het gebied van de individuele gezondheidszorg regels en normen die op dat gebied gelden, gebruiken voor zijn oordeel. Hierbij kan gedacht worden aan wettelijke regels (art. 40 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) en de WGBO), regels die de beroepsgroep zelf heeft opgesteld (gedragscodes, richtlijnen en protocollen) en door de Gezondheidsraad geformuleerde normen.⁵³ Uit de tuchrechtspraak kan worden afgeleid dat het niet voldoen aan de gestelde gedragsregels die zien op het voorkomen van secundaire victimisatie kan leiden tot schending van de wettelijke norm van artikel 47 Wet BIG.⁵⁴ Het tuchtrecht heeft tot doel de kwaliteit van de beroepsuitoefening in de gezondheidszorg te bewaken, en is er niet om aan het individuele belang van de klager tegemoet te komen.⁵⁵ Dit komt onder meer tot uitdrukking in de maatregelen die de tuchtrechter kan opleggen wanneer deze een klacht gegrond verklaard.⁵⁶ De sancties die staan op het overtreden van de gestelde gedragsregels behelzen geen maatregelen die ex ante kunnen worden opgelegd. De tuchtrechter kan de arts niet de opdracht geven een gesprek aan te gaan met de patiënt of zijn excuses aan te bieden voor het maken van de medische fout. Er kan dan ook geen herstel worden bewerkstelligd met tuchtrechtelijke maatregelen. Gesteld kan worden dat tuchtrechtelijke remedies die ex post kunnen worden aangewend niet direct zullen leiden tot voorkoming van secundaire victimisatie. Het gegrond verklaren van de klacht en het opleggen van een maatregel leidt volgens onderzoek vooral tot defensieve geneeskunde en meer aandacht

50 Ingevolge de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ) is de zorgaanbieder verplicht een dergelijke klachtencommissie in te stellen. Zie voor een uitvoerende bespreking van deze manier van klachtindiening: D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, § 10.2.

51 R.M.S. Doppegieter, VIII.02 Arts en klacht of geschil, Utrecht: KNMG 2004.

52 Zie voor een uitgebreide bespreking van het medisch tuchtrecht: D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, § 10.3.

53 D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

54 Regionaal Tuchtcollege te Eindhoven 3 mei 2005, te kennen uit Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 22 februari 2007, nr. 2005, 172.

55 D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

56 Art. 48 lid 1 Wet BIG.

voor het bijhouden van het medisch dossier.⁵⁷ Vrijwel unaniem werd door aangeklaagde artsen aangegeven dat de tuchtklacht niet heeft geleid tot veranderingen in de communicatie met patiënten. Daarnaast is een bedrag aan schadevergoeding in het tuchtrecht ex post evenmin mogelijk.

Ten aanzien van de verzekeraar stelt het tuchtrecht in de praktijk weinig voor. De Tuchtraad Financiële Dienstverlening behandelt klachten over het gedrag van verzekeraars. Er zijn diverse voorbeelden van uitspraken waarbij een klacht gegrond is verklaard.⁵⁸ Op een enkele waarschuwing na worden er echter geen sancties aan het gedrag verbonden.

Geconcludeerd zou kunnen worden dat voorkoming van secundaire victimisatie door handhaving door middel van het tuchtrecht tekortschiet. De vraag is of de civiele rechter wellicht uitkomst biedt. Ingevolge de jurisprudentie dient de civiele rechter rekening te houden met uitspraken van de tuchtrechter betreffende het professioneel handelen⁵⁹ van een arts.⁶⁰ Ook kan de civiele rechter het gedrag van een arts of verzekeraar toetsen aan de in de branche gestelde gedragsregels.⁶¹

‘Herstel gaat voor vergoeding’ een taak van het (civiele) recht?

In een civiele procedure wordt de prikkel om secundaire victimisatie te voorkomen veelal gezocht in een retrospectieve remedie.⁶² Het niet naleven van de gestelde gedragsregels kan worden aangemerkt als niet-nakoming

57 Y. Alhafaij, B. Frederiks & J. Legemaate, ‘Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht’, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009-3, p. 18-42.

58 RvT Nr. 2004/18 Mo.; RvT Nr. 2004/64 Mo.; RvT Nr. 2001/19 Mo.; RvT Nr. 2005/056 Med.; RvT Nr. 2006/008 Med.; RvT Nr. 2006/029 Med.

59 Onder dit professioneel handelen valt ook informatieplicht, zorgvuldige communicatie, e.d.

60 HR 12 juli 2002, *LJN* AE1532, r.o. 3.6.3.

61 In de jurisprudentie komt dit onder meer tot uitdrukking in: HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, r.o. 3.3.3; HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683, r.o. 3.13; Rb. Zutphen 7 november 2007, *JA* 2008/13.; Dit wordt bevestigd in de literatuur, zie onder meer: D.P. Engberts, L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009, p. 211.

62 Zie o.a.: J.L. Smeehuizen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009-9, p. 328-340; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi, Juridische Uitgeverij 2002, hoofdstuk VII en XI; W.S. Oostveen-Kouwenhoven, E.F.E. Palmen & I.M. Lems, ‘Verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht’, *Juridisch up to date* 2009-23, p. 18-24; N. van Tiggele-Van der Veld, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade; een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid* (oratie Nijmegen), [S.l.] : [s.n.] 2009.

van een andersoortige rechtsplicht, namelijk het voorkomen van (verdere) schade. Treedt secundaire victimisatie op, dan kan dit worden aangemerkt als wanprestatie⁶³ van de arts, dan wel als een zelfstandige onrechtmatige daad⁶⁴ van de verzekeraar. De remedie die ex post kan worden aangewend, is een vordering tot schadevergoeding in de vorm van een bedrag aan smartengeld voor de in het afwikkelingstraject ontstane immateriële schade.⁶⁵ Dit bedrag komt dan bovenop het bedrag aan smartengeld dat wordt gevorderd als immateriële schadevergoeding voor het ontstane medisch letsel.⁶⁶

Het toekennen van een bedrag aan schadevergoeding wegens onzorgvuldige gedragingen van de verzekeraar kan voor deze partij een prikkel zijn zich zorgvuldiger op te stellen in het afwikkelingstraject. De vraag is in hoeverre het gedrag van een arts of ziekenhuis beïnvloed wordt door de constatering dat onzorgvuldig jegens het slachtoffer is gehandeld.

Idealiter zou gedragsbeïnvloeding niet gezocht moeten worden in het ex post vergoeden, maar in het ex ante aanspreken van partijen. ‘Schade voorkomen is beter dan schade vergoeden’,⁶⁷ geldt eens te meer voor schade die secundaire victimisatie met zich meebrengt. De patiënt heeft al verdriet en leed wegens de opgetreden complicatie of medische fout. Het lijdzaam toekijken hoe deze schade verder oploopt om vervolgens achteraf die ‘extra’ schade te vergoeden, kan niet de voorkeur verdienen. Het kwaad is dan immers al geschied.

63 Art. 6:74 BW.

64 A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden’, *TVP* 2007-4, p. 103-118; J.L. Smeehuizen, ‘Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen’, *NTBR* 2009-9, p. 328-340; N. van Tiggele-Van der Veld, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade; een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid* (oratie Nijmegen), [S.l.] : [s.n.] 2009.

65 De immateriële schadevergoeding kan niet simpelweg verhoogd worden wegens het onzorgvuldige gedrag van de verzekeraar, omdat dit gedrag geen directe relatie heeft met het schadeveroorzakende feit (het medisch letsel) waarvoor de immateriële schadevergoeding wordt toegekend.

66 De vraag of dit bedrag aan schadevergoeding zal moeten worden gevorderd in een aparte procedure jegens de verzekeraar en de praktische bezwaren daarvan laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

67 A.L.M. Keirse, ‘Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht’, in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!* (LSA-bundel 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Theoretisch gezien zou in een civiele procedure als preventieve remedie in de eerste plaats kunnen worden gewezen op nakoming van een andersoortige rechtsplicht. Deze rechtsplicht omvat de plicht van de dader van een onrechtmatige daad of wanprestatie de ontstane schade van het slachtoffer te beperken en verdere schade te voorkomen. Het leerstuk van de schadebeperkingsplicht welke rust op de dader⁶⁸ is door Keirse treffend aangeduid als schadevoorkomingsplicht.⁶⁹ Toegepast op de arts⁷⁰ en de verzekeraar, kan uit deze plicht worden afgeleid dat zij de gestelde gedragsregels in acht dienen te nemen om secundaire victimisatie bij de patiënt te voorkomen. Vindt deze nakoming niet plaats, dan zou de patiënt deze in theorie moeten kunnen afdwingen door middel van een gebodsactie ex artikel 3:296 BW, met daaraan verbonden een dwangsom. Voor de patiënt is de gebodsactie een manier om de onzorgvuldige gedragingen een halt toe te roepen en de juiste situatie te bewerkstelligen. In de praktijk zal het echter de vraag zijn of een dergelijke vordering kans van slagen heeft. In veel gevallen zullen de arts en/of verzekeraar gemotiveerd verweer voeren inhoudende dat zij wel degelijk al hun verplichtingen zijn nagekomen, maar dat er (bijvoorbeeld) helemaal geen sprake is geweest van een medische fout en evenmin van onvoldoende informatie of empathie. Ook kan worden aangevoerd dat de slechte verstandhouding ligt aan de eigen opstelling van het slachtoffer. De kortgedingrechter heeft in beginsel weinig onderzoeksmogelijkheden en hoort geen getuigen. Een gebodsactie zou derhalve enkel geschikt kunnen zijn voor de zogenaamde ‘sterke’ zaken waarin de patiënt voldoende (schriftelijk) bewijs heeft om zijn vordering te onderbouwen.

Daarnaast zal een kosten-batenafweging wellicht meebrengen dat het instellen van een gebodsactie door een individuele patiënt geen aantrekkelijke optie is. Anders kan dit liggen in het geval een (patiënten)vereniging een collectieve actie ex artikel 3:305a BW instelt. Volgens de parlementaire geschiedenis leent een collectieve actie zich om voor belangen op te treden in zaken waar per individu geringe, maar in totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan.⁷¹ Daarnaast is de drempel in de toegang tot de rechter

68 Deze schadebeperkingsplicht kan meebrengen dat de dader verplicht wordt iets te doen teneinde de (verdere) emotionele schade van het slachtoffer te beperken, zie in dit verband: HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347.

69 A.L.M. Keirse, ‘Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht’ in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!* (LSA-bundel 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

70 Door de KNMG is deze plicht zelfs expliciet erkend: ‘Het behoort tot de professionele verantwoordelijkheid van hulpverleners om te voorkomen dat patiënten worden geschaad en om reeds ontstane schade zoveel mogelijk te beperken.’ uit: KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007.

71 Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 2 (MvT).

voor een belangenorganisatie minder hoog en kan preventieve werking uitgaan van een collectief actierecht. Met name deze mogelijke preventieve werking voor toekomstige gevallen is een belangrijk argument om een dergelijke actie in te stellen. Bij een collectieve actie gaat het om een bundeling van gelijksoortige belangen, zonder dat in een dergelijke zaak de bijzondere omstandigheden van een individuele belanghebbende aan de orde komen. Een collectieve actie is dan ook enkel mogelijk in een (algemene) vordering jegens een verzekeraar als aannemelijk kan worden gemaakt dat het gedrag in strijd met de gedragsnormen vaker voorkomt.

Als andere preventieve remedie zou kunnen worden genoemd het aanbieden van excuses wanneer is vastgesteld dat de arts een (verwijtbare) fout heeft gemaakt. Het maken van excuses kan worden gezien als een schadevergoeding in natura die noodzakelijk is voor het daadwerkelijk herstel van de patiënt.⁷² Uit onderzoek blijkt dat excuses belangrijk zijn voor de vervulling van de immateriële behoeften. Een excuus kan daarmee worden aangemerkt als beperking van ontstane schade. Als wettelijke grondslag kan ook hier in de eerste plaats worden gewezen op nakoming ex artikel 3:296 BW. Deze vordering tot nakoming kan worden gegrond op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid nu er sprake is van een contractuele relatie in de vorm van een geneeskundige behandelingsovereenkomst.⁷³ Ook zou nog kunnen worden gewezen op de mogelijkheid van schadevergoeding in een andere vorm dan geld ex artikel 6:103 BW. Het aanbieden van excuses als remedie is omstreden. Kan een excuus namelijk wel worden afgedwongen?⁷⁴ Nauw verwant aan een vordering tot excuses, kan worden aangemerkt een vordering tot rectificatie. Ten aanzien van deze vordering heeft de Rechtbank Utrecht bepaald dat excuses en spijtbetuigingen niet mogen worden opgelegd, wegens spanning met de vrijheid van meningsuiting.⁷⁵ Kan het betuigen van spijt en het aanbieden van excuses door een arts worden aangemerkt als het herroepen van zijn mening? Met anderen⁷⁶ meen ik van niet. De arts voldoet enkel aan zijn verplichting om de (immateriële) schade die de medische fout teweeg heeft

72 J. Legemaate e.a., 'Openheid over fouten in de gezondheidszorg', *NTvG* 2007-151, p. 319-322.

73 Art. 6:2 lid 1 BW.

74 Recent oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda 23 maart 2010, *LJN* BL8517, r.o. 3.8 van niet: 'Excuses vormen een morele categorie en lenen zich dus niet voor afdwingen ervan met behulp van dwangsommen. Afdwongen excuses zijn geen excuses, die hun kracht in het intermenselijk verkeer nu juist ontleen aan spontaan en oprecht berouw over eigen tekortschieten.'

75 Pres. Rb. Utrecht 14 juni 1994, *KG* 1994, 262, r.o. 4.8.

76 A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, p. 778-784.

gebracht te beperken en verdere emotionele schade te voorkomen.⁷⁷ Daarnaast biedt de arts zijn excuses aan in diens professionele hoedanigheid, dit verschilt van de situatie waarin iemand vanuit zijn persoon excuses zou moeten aanbieden. Het maken van excuses wordt in het geval van een evidente fout ook aanbevolen door onder meer de KNMG⁷⁸ en door de medische aansprakelijkheidsverzekeraars.⁷⁹ Ook is het aanbieden van verontschuldigen als aanbeveling opgenomen in de GOMA. Het is voor de arts dan ook niet meer dan gehoor geven aan de invulling die kan worden gegeven aan de plicht openheid te geven over gemaakte fouten. Kortom, van een arts mag worden verlangd dat hij in het geval van een evidente fout zijn excuses aanbiedt. Gebeurt dit niet dan zou een excuus moeten kunnen worden afgedwongen.

2.5 Kan het ook anders?

Het belang van het voorkomen of beperken van secundaire victimisatie

Hoewel het aanbeveling verdient nader onderzoek op dit terrein te doen, lijkt het mij plausibel dat het voorkomen van secundaire victimisatie kostenverlagend zou kunnen werken. Zo blijkt uit onderzoek dat de omgang met de betrokken arts na opgetreden medisch letsel in belangrijke mate het gedrag van de patiënt beïnvloedt.⁸⁰ Wanneer sprake is van een goede communicatie met de betrokken arts blijken veel patiënten af te zien van het

77 'Het behoort tot de professionele verantwoordelijkheid van hulpverleners om te voorkomen dat patiënten worden geschaad en om reeds ontstane schade zoveel mogelijk te beperken.' uit: KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007.

78 In lijn met het artikel J. Legemaate e.a., 'Openheid over fouten in de gezondheidszorg', *NTvG* 2007-151, p. 319-322, noemt de KNMG het maken van excuses in diens aanbevelingen voor het omgaan met fouten in de gezondheidszorg: KNMG, 'Bijlage 2 – Openheid over fouten: aanbevelingen voor artsen', in: *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007,.; KNMG, VIII.03 Arts en omgaan met fouten, Utrecht: KNMG 2000; KNMG, VIII.04 Openheid over fouten, Utrecht: KNMG 2003;

79 Dit blijkt bijvoorbeeld uit de rubriek vraag en antwoord van het tijdschrift *Alert* uitgegeven door MediRisk september 2008, p. 15. Ook Centramed heeft aangegeven dat de arts in het geval van een evidente fout zijn excuses moet aanbieden aan de patiënt.

80 Y. Alhafaij, B. Frederiks & J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009-3, p. 18-42; H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 272; R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen*

starten van een tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure en te kiezen voor een laagdrempelig niveau van klachtindiening.⁸¹ Voorkomen dat de situatie escaleert door goed met de patiënt te communiceren, kan er toe leiden dat partijen de kosten van een civielrechtelijke procedure bespaard blijven. Komt het wel tot een civiele procedure dan acht ik het plausibel dat een goede omgang met het slachtoffer door de verzekeraar kan leiden tot meer bereidheid tot schikken. Het regelen van de schade buiten de rechter om is minder kostbaar. Uiteraard mag in dit verband de inbreng en rol van de belangenbehartiger niet vergeten worden. Deze zal zich eveneens moeten inspannen om tot een schikking te komen. Voorts kan de opstelling van de arts en de verzekeraar invloed hebben op de hoogte van de claim die door het slachtoffer wordt ingesteld. Wanneer de patiënt zich serieus genomen voelt, de omgang met de arts prettig is verlopen en ook de verzekeraar oog heeft voor de emotionele aspecten, zal de patiënt geen extra bedrag aan smartengeld vorderen. Er is dan immers enkel sprake van immateriële schade ten gevolge van de schadetoebrengende gebeurtenis. Praktisch gezien is het ook denkbaar dat de buitengerechtelijke kosten minder hoog zullen uitvallen. Wanneer goed wordt gecommuniceerd, leidt dit wellicht tot een minder lange procedure. Er bestaat ook het risico dat de patiënt zich, bij een slechte communicatie met de arts en de verzekeraar, genoodzaakt kan voelen om partijen te overtuigen van de ernst van zijn situatie. De voortgang van het traject zou dan kunnen stagneren doordat de patiënt zich niet in de eerste plaats richt op zijn herstel, maar op het benadrukken van zijn klachten en beperkingen. Hoewel het niet toetsbaar is, stellen verzekeraars zich in dit kader weleens op het standpunt dat de patiënt medisch zou kunnen gaan 'shoppen' met als doel de aard en de ernst van zijn beperkingen alsnog medisch bevestigd te zien. Dit zou dan kunnen leiden tot een vertraging in het schadebehandelingstraject omdat de patiënt meent nog niet uitbehandeld te zijn. Daarnaast zou dit kunnen leiden tot (onnodige) toename van de medische (en niet altijd verzekerde) kosten. Kortom er zijn er genoeg redenen om alles in het werk te stellen om secundaire victimisatie te voorkomen, dan wel te beperken.

Civielrechtelijke procedure slechts als laatste redmiddel

Met de eerder besproken preventieve remedies zou in theorie het gedrag van partijen een halt kunnen worden toegeroepen en veranderd kunnen worden. Afgezien van de haalbaarheid van deze vorderingen is het grootste

gen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning, WODC 2007.

81 In dit verband wijst de KNMG artsen op hun plicht open en eerlijk te zijn richting patiënten: KNMG, *Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?*, Utrecht: KNMG 2007.

bezwaar dat de patiënt nog een procedure moet starten. Dit keer niet om zijn schade van de medische misser vergoed te krijgen, maar om partijen te dwingen tot gedragsaanpassing. De emotionele impact die zo een procedure met zich meebrengt zou opnieuw extra (immateriële) schade aan het slachtoffer kunnen toebrengen. Was er al sprake van secundaire victimisatie, dan kan in theorie deze extra belasting zelfs leiden tot tertiaire victimisatie. Mijns inziens kan het starten van een civiele procedure dan ook slechts als laatste redmiddel dienen. Bekeken moet worden of er geen andere (meer praktische) mogelijkheden zijn om het gewenste gedrag te bereiken. Hoe kan maximale naleving van de gedragsregels tegen de laagste maatschappelijke kosten worden bereikt?

De minst ingrijpende mogelijkheid zou gelegen kunnen zijn in het bewerkstellingen van vrijwillige naleving⁸² van de gestelde gedragsregels door een zogenaamde 'keurmerkfunctie'. Gedragsbeïnvloeding zou dan kunnen worden bereikt door het openbaar maken van de partijen die zich hebben aangesloten bij de gedragscode. Bij de GOMA is bekend welke partijen zich hieraan gecommitteerd hebben. Dit zou een gunstig effect kunnen hebben op de naamsbekendheid van de verzekeraar, de belangenbehartiger of het ziekenhuis. Een veel belangrijker motief voor vrijwillige naleving acht ik echter gelegen in de wijze van de totstandkoming. De GOMA is het resultaat van een intensieve samenwerking tussen een kleine groep van verschillende partijen. Alle partijen lijken achter de geformuleerde aanbevelingen te staan. De goede wil om gedragscodeconform te handelen is dan ook aanwezig. Of partijen zich daadwerkelijk aan de gedragscode zullen houden zal de praktijk moeten uitwijzen.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn het aanspreken van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar door de partij waarmee deze de verzekeringsovereenkomst heeft gesloten. Smeehuijzen⁸³ is van mening dat een arts diens verzekeraar zou moeten aanspreken wanneer er sprake is van onzorgvuldige gedragingen in het schadeafwikkelingstraject. Het idee spreekt mij aan. Gesteld kan worden dat tussen de arts en het slachtoffer nog steeds een geneeskundige behandelingsovereenkomst van kracht is, en de arts zich daarmee verplicht (verdere) schade te voorkomen. Ik ben echter van mening dat deze verplichting niet zo ver strekt dat van de arts verwacht mag wor-

82 Spontane naleving van gedragsregels leidt eveneens tot besparing van handhavingskosten: R. Van den Bergh, 'De maatschappelijke wenselijkheid van gedragscodes vanuit rechtseconomisch perspectief', WPNR 2008-6772, p. 792-798.

83 J.L. Smeehuijzen, 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGR* 2009-3, p. 160-174.

den dat deze zich actief bemoeit met de manier van schadeafwikkeling van zijn verzekeraar. Ik acht deze taak meer weggelegd voor het ziekenhuis. Het zijn de ziekenhuizen die indirect bepalen hoe de schade financieel gezien wordt afgewikkeld. Praktischer is dan ook als het ziekenhuis afspraken maakt met de verzekeraar over emotionele aspecten als bejegening, tempo, openheid, enzovoort. Aan de arts kan wel de verantwoordelijkheid worden toegekend zich ervan te vergewissen dat het ziekenhuis inderdaad de medische aansprakelijkheidsverzekeraar aanspreekt wanneer deze de gemaakte afspraken niet nakomt.

Naar mijn mening zou echter de belangrijkste oplossing, teneinde secundaire victimisatie te voorkomen, gezocht kunnen worden in het aanbieden van bijeenkomsten en cursussen voor zowel artsen als medewerkers (schaderegelaars en schadebehandelaars) van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar. In de eerste plaats voor individuele artsen en medewerkers die zich niet aan de gedragsregels hebben gehouden. Dit met het oog op verbetering van de omgang met slachtoffers in de toekomst. Hier zou een uitbreiding van de maatregelen van de (medische) tuchtrechter in de rede kunnen liggen. Wanneer deze een arts kan verplichten zijn excuus aan te bieden en/of een cursus te volgen, zou dat een effectieve remedie kunnen zijn voor zowel de patiënt met letsel als voor de (omgang met) toekomstige patiënten.

Gezien het belang dat aan het voorkomen van secundaire victimisatie gehecht kan worden, zou ik nog een stap verder willen gaan door ook *vooraf* deze partijen uit te nodigen tot het volgen van bijeenkomsten en (bijscholings)cursussen. Er bestaat onder artsen nog altijd veel onduidelijkheid over hoe zij dienen om te gaan met een patiënt na een medische misser. Iedere arts kan eens in zijn carrière te maken krijgen met een complicatie of medische fout. Het vooraf volgen van een bijeenkomst of cursus kan weliswaar dat incident niet voorkomen, maar wel eventuele verdere schade bij de patiënt. Wanneer een arts weet wat hem te doen staat, zal hij een belangrijke rol kunnen spelen in het voorkomen of beperken van secundaire victimisatie. Navraag heeft opgeleverd dat dergelijke communicatiecursussen voor artsen steeds meer worden aangeboden. Een arts is verplicht ieder jaar naar vrije keus cursussen te volgen, vaak wordt echter gekozen voor een vakinhoudelijke cursus. Het ziekenhuis zou artsen kunnen stimuleren meer gebruik te maken van cursussen die op communicatie zien.

Voor medewerkers van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar geldt het belang van goede communicatie evenzeer. Als zij bij wijze van spreken een soort draaiboek zouden doorlopen, waarbij de immateriële behoeften van het slachtoffer voldoende gewaarborgd zijn, kan ook in dat stadium

van afwikkeling secundaire victimisatie worden voorkomen of beperkt. In aanvulling daarop zouden dezelfde cursussen ook aangeboden kunnen worden aan belangenbehartigers. Door de bijeenkomsten en cursussen aan beide betrokken partijen aan te bieden, zou het onderlinge begrip van ieders rol en verantwoordelijkheid vergroot kunnen worden. De communicatie tussen partijen zou kunnen verbeteren, waardoor wellicht een beter klimaat ontstaat om de schade buiten de rechter om te regelen.

Daarnaast kan het voor een schadebehandelaar uit de binnendienst leerzaam zijn om met enige regelmaat mee te reizen met een letselschade-regelaar in de buitendienst. Zo ervaart de schadebehandelaar zelf ook hoe de persoonlijke communicatie met een patiënt verloopt en wat de beleving is van een patiënt met medisch letsel.

2.6 Afsluiting

Het omgaan met letselschadeslachtoffers staat al jaren in de belangstelling. Diverse regelgeving is te onderscheiden om de informatievoorziening, communicatie en afwikkeling beter te laten verlopen. Met de GOMA wordt specifiek voor patiënten met medisch letsel, door middel van gedragsregels voor artsen en verzekeraars, geprobeerd secundaire victimisatie te voorkomen of te beperken. De vraag is of de meerwaarde van deze gedragscode ook tot uiting zal komen. Want wat is een gedragscode waard als partijen (onverhoopt) verzuimen de geldende gedragsregels na te leven? Het is de handhaving van deze regelgeving die het probleem vormt. Tuchtrechtelijke handhaving biedt, gezien de sancties die kunnen worden opgelegd, voor de patiënt geen soelaas. Handhaving via het civiele recht lijkt het slachtoffer meer soelaas te bieden, doch tot dusver enkel achteraf. ‘Herstel gaat voor vergoeding’ brengt mijns inziens mee dat schadevergoeding als remedie niet de voorkeur kan verdienen. Daarnaast lijkt handhaving via het civiele recht de emotionele belasting eerder te vergroten dan dat het een efficiënte oplossing biedt. Concluderend stel ik daarom dat het civiele recht misschien wel een ‘rake remedie’ biedt, doch dat het naleven van de gestelde gedragsregels het beste bereikt kan worden door meer aandacht te besteden aan voorlichting en training van de betrokken partijen.

III Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is

Tijd voor een heroverweging in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen?

I. van der Zalm

In het aansprakelijkheidsrecht heeft een benadeelde in beginsel recht op volledige vergoeding van zijn schade. De gevolgen van de schadetoebrengende gebeurtenis dienen zo veel als mogelijk te worden weggenomen of te worden gecompenseerd. Daarbij wordt gekeken naar de situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien de schadetoebrengende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Dat is bij overlijden per definitie problematisch. Er is iemand weggefallen, wat vele gevolgen heeft. De schade als gevolg van het overlijden komt maar beperkt voor vergoeding in aanmerking. In artikel 6:108 BW is een drietal beperkingen te vinden. Het gaat hier om beperkingen ten aanzien van de aard van de schade, de kring van gerechtigden en de omvang van de schade. Daarbij hinkt het recht op schadevergoeding bij overlijden op twee gedachten. Aan de ene kant is er het aansprakelijkheidsrecht, maar de geleden schade komt niet volledig voor vergoeding in aanmerking. Aan de andere kant is er het recht op alimentatie uit het familierecht, maar dat wordt bij overlijden niet consequent toegepast. De motieven voor de beperkingen van het recht op schadevergoeding zijn achterhaald en niet (langer) overtuigend. Het recht is niet bij de tijd, het sluit niet aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden in de huidige samenleving met zich meebrengt zorgen voor complexe methoden om de nabestaanden tegemoet te komen en oogsten daardoor veel kritiek. In deze bijdrage wordt die kritiek besproken. De bijdrage wordt afgesloten met enkele denkrichtingen voor nader onderzoek.

3.1 Inleiding

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is of het recht op schadevergoeding bij overlijden, gelet op de door de wet opgelegde beperkingen, een rake remedie is, of dat het recht op dit punt toe is aan een heroverweging. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zullen eerst de beperkingen, de structuur en de oorsprong van het recht worden geschetst. In aansluiting daarop komt de kritiek op de huidige benadering aan bod. Vervolgens zal

worden gekeken naar mogelijke denkrichtingen, om tot slot terug te keren naar de in deze bijdrage centraal staande vraag: is het recht op dit punt nog bij de tijd?

3.2 Schadevergoeding bij overlijden: een recht met beperkingen

3.2.1 *Drie typen beperkingen*

In geval van overlijden wordt er een uitzondering gemaakt op het beginsel van volledige schadevergoeding. In artikel 6:108 BW zijn een drietal beperkingen te vinden. Ten eerste is de aard van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, beperkt tot derving van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging. Dit betekent dat bijvoorbeeld smartengeld en schade die een werkgever lijdt niet voor vergoeding in aanmerking komen. In de tweede plaats is er een beperking in de kring van gerechtigden. Recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging heeft degene te wiens laste deze kosten zijn gekomen. Wat betreft de derving van levensonderhoud kent het eerste lid van artikel 6:108 BW een limitatieve opsomming van de kring van gerechtigden. Hiertoe behoren echtgenoten en minderjarige kinderen (sub a), andere bloed- of aanverwanten (sub b) en gezinsleden (sub c). Een aantal categorieën van personen valt buiten de boot, zoals de voormalige echtgenoot die ten tijde van het overlijden recht had op alimentatie. Een derde beperking is de omvang van de schade. De kosten van lijkbezorging komen voor vergoeding in aanmerking voor zover dit redelijk is gezien de omstandigheden waarin de overledene heeft geleefd. Bij derving van levensonderhoud is naast de draagkracht die de overledene vermoedelijk zou hebben gehad de behoefte van de nabestaanden van belang.¹ Dat betekent dat een recht op schadevergoeding kan ontbreken als er een voordeel (bijvoorbeeld een uitkering uit levensverzekering) opkomt.

3.2.2 *Doel schadevergoeding bij overlijden*

Het recht op schadevergoeding bij overlijden (art. 6:108 BW) maakt deel uit van afdeling 6.1.10 BW en behoort daarmee tot het schadevergoedingsrecht. Het recht op schadevergoeding maakt deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, alwaar het doel is het volledig vergoeden van schade.² In het aansprakelijkheidsrecht vormt de maatstaf voor de te vergoeden schade het verschil tussen de huidige situatie en de situatie indien de schadetoebren- gende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, iets wat bij overlijden per definitie problematisch is. Bij overlijden wordt voor het bepalen van de

1 Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 404.

2 Zie hierover Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 6 e.v.

derving van levensonderhoud gekeken naar de behoefte van nabestaanden. Dit behoeftigheidsvereiste is afkomstig uit het familierecht, waar het niet gaat om het vergoeden van schade, maar om het voorzien in levensonderhoud.³ Het betreft een onderhoudsplicht waarbij draagkracht en behoeftigheid van belang zijn. Het recht op vergoeding van schade bij overlijden maakt dus deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, maar heeft karaktertrekjes uit het familierecht. Dit tweeslachtig karakter vindt zijn oorsprong in de totstandkoming van het BW, na wijziging van het ontwerp in 1833.⁴ Vanaf het begin met het eerste ontwerp van artikel 1406 BW (de voorganger van het huidige art. 6:108 BW) in 1807 tot aan de wijziging in 1833 zou zijn uitgegaan van een volledige schadeloosstelling aan de nabestaanden.⁵ Uiteindelijk kwam artikel 1406 BW zo te luiden, dat er bij de waardering van de schadevergoeding gekeken diende te worden naar ‘den wederzijdschen stand en de fortuin der personen’.⁶ In de rechtspraak is daarna aangenomen dat hieruit volgde dat de behoeftigheid bepalend is voor de hoogte van de schadevergoeding.⁷ In het huidige artikel 6:108 BW ligt het behoeftigheidsvereiste besloten in het vergoeden van schade door ‘het derven van levensonderhoud’.⁸ Wat het doel van de schadevergoeding bij overlijden is, komt niet duidelijk naar voren in de parlementaire geschiedenis en literatuur. Gaat het om het vergoeden van schade, of om het voorzien in levensonderhoud? Met betrekking tot het doel in het aansprakelijkheidsrecht en het familierecht is meer duidelijk.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft ten doel aanspraken te handhaven. Indien dit misgaat en er sprake is van een nadeel, komt het schadevergoedingsrecht aan bod. Het (hoofd)doel van het schadevergoedingsrecht is de benadeelde zo veel als mogelijk te plaatsen in de positie zoals deze zou zijn geweest

3 Asser/De Boer 1, nr. 1025 e.v.

4 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Deel V, Utrecht: Robert Natan, akademieboekhandelaar 1838, p. 85. De wijziging bracht mee dat het woord ‘winstderving’ werd geschrapt en ‘den wederzijdschen stand en de fortuin der personen’ werd toegevoegd.

5 Zie over de aanzet tot het eerste ontwerp van Van der Linden in 1807 en over de wijziging ook L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 13.

6 Aldus art. 1406 BW (oud). Zie hierover ook L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 13.

7 Dit is af te leiden uit onder meer HR 6 december 1907, W 8630; HR 27 februari 1925, NJ 1925, 50; HR 23 januari 1959, NJ 1959, 190; HR 11 januari 1946, NJ 1946, 90; HR 30 januari 1959, NJ 1960, 85 en HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star). Zie hierover uitgebreid L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 46 e.v.

8 Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 404. Zie hierover ook aant. 23 bij art. 6:108 BW (Bolt).

zonder de schadetoebrengende gebeurtenis.⁹ Indien herstel niet mogelijk is, dient de schadevergoeding ertoe dit te compenseren. Deze schadevergoeding zal in beginsel volledig dienen te zijn, om te kunnen dienen als middel om de schade geheel te compenseren. Het doel is dus het vergoeden van de schade, iets waar het in het familierecht niet om gaat. Daar gaat het om een onderhoudsverplichting, welke strekt tot het voorzien in levensonderhoud in geval van behoefte (art. 1:392 lid 2 BW). Naast de behoefte van de alimentatiegerechtigde is ook de draagkracht van de alimentatieplichtige van belang bij het bepalen van de hoogte van de te betalen alimentatie. De alimentatieverplichting eindigt bij de dood van de alimentatieplichtige en in geval van hertrouwen van de alimentatiegerechtigde.¹⁰ Het doel is hier niet het vergoeden van schade, maar het voorzien in levensonderhoud voor zover dit van de alimentatieplichtige verwacht mag worden.

Het recht op schadevergoeding mag dan wel veel weg hebben van een recht op alimentatie, het is het niet en mag er ook niet mee gelijk worden gesteld.¹¹ Het recht op schadevergoeding bij overlijden maakt deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl de uitwerking – door het hanteren van het vereiste van behoefte – meer lijkt aan te sluiten bij het familierecht. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden mede door het tweeslachtige karakter met zich meebrengt, roepen op diverse punten vragen op.

3.3 Schadeposten

3.3.1 *Kosten van lijkbezorging en derving van levensonderhoud*

De schade als gevolg van het overlijden komt beperkt voor vergoeding in aanmerking. Artikel 6:108 BW geeft recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging en de schade door derving van levensonderhoud. De kosten van lijkbezorging komen voor vergoeding in aanmerking voor zover deze in redelijkheid zijn gemaakt, rekening houdend met de omstandigheden waarin de overledene leefde.¹² In de praktijk bestaat nogal eens discussie

9 Zie Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 6 e.v. en voor enkele andere – hier niet genoemde – doeleinden nr. 8.

10 Asser/De Boer 1, nr. 624 (dood alimentatieplichtige) en 624 (hertrouwen alimentatiegerechtigde).

11 HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221 m.nt. C.J.H. Brunner (Tijsterman/Hony), rov. 2; Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 162-163 en Spier in zijn conclusie bij HR 4 februari 2000, LJN AA4719, NJ 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 2.1. Zie voor een aantal verschillen tussen beide L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 46.

12 Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 399 en Parl. Gesch. Boek 6, MvT Inv., p. 1286.

over de kosten van lijkbezorging. Vaak is onduidelijk wat ‘redelijk’ is en wanneer deze kosten in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.¹³ Ook is niet geheel duidelijk wat er onder het begrip ‘lijkbezorging’ dient te worden verstaan. Gaat het alleen om de kosten van de uitvaart zelf, of komen ook de kosten voor aankondigs- en dankberichten en de reiskosten van de nabestaanden voor vergoeding in aanmerking? De reiskosten zouden nog wel eens op kunnen lopen indien de overledene bijvoorbeeld volgens een bepaalde traditie – welke volgt uit de religie van de overledene – dient te worden begraven of gecremeerd.¹⁴ Vergoeding van deze kosten kan gevorderd worden door degene te wiens laste deze kosten zijn gekomen, aldus het tweede lid van artikel 6:108 BW. Hoewel deze schadepost dus niet zonder problemen is, zal ik mij hierna concentreren op de in de praktijk belangrijkere schade door derving van levensonderhoud.

3.3.2 *Schadeposten die niet voor vergoeding in aanmerking komen*

In geval van overlijden geeft artikel 6:108 BW recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging en vergoeding van de schade door derving van levensonderhoud, maar de schade is in werkelijkheid divers.¹⁵ Er kan gedacht worden aan de arbeidskracht die is weggefallen: de nabestaanden missen zowel het inkomen als de hulp thuis. Indien de nabestaanden hulp nodig hebben bij de verwerking van het verdriet, dienen zij hier zelf in te voorzien. Eventuele schade als gevolg van opgelopen studievertraging, te maken kosten of andere schade komt evenmin voor vergoeding in aanmerking. Tevens heeft de werkgever geen recht op vergoeding van zijn schade, ook niet indien het om een lastig te vervangen werknemer gaat. Hoe redelijk de gevorderde schadevergoeding op het eerste gezicht ook mag lijken, artikel 6:108

13 Zie hierover ook B. van Eijk, ‘Vergoeding van de kosten van lijkbezorging’, *TVP* 2001/4, p. 101-108 en G.M. van Wassenae, ‘Begraveniskosten, hoe redelijk is, gelet op de omstandigheden van de overledene, nu werkelijk redelijk?’, *VR* 2008/10, p. 310-313.

14 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 december 1999, *VR* 2001, 29 (vergoeding van de kosten van overbrenging van het lichaam van de overledene naar het land van herkomst); Rb. Arnhem 4 juli 2007, *LJN* BG1631, *VR* 2008, 130 (kosten voor begravenis, reiskosten gezin en kosten huurauto komen deels voor vergoeding in aanmerking); Rb. Utrecht 30 januari 2008, *LJN* BC3215, *NJF* 2008, 176 (vergoeding van de kosten verband houdend met het volgens Marokkaanse traditie doen begraven) en Hof Arnhem 15 maart 2001, *Nieuwsbrief Personen-schade* mei 2001, p. 2-3 (vergoeding van kosten voor begravenis in Marokko inclusief reis- en verblijfskosten voor begeleidende familieleden en kosten van inwoning van familie gedurende de gehele rouwperiode).

15 Vgl. L. Mok, ‘Schadeberekening bij dood door schuld’, *Het Verzekerings-archief* 1970/2, p. 51-75.

BW laat de rechter op dit punt geen beoordelingsvrijheid. Deze vrijheid heeft de rechter ook niet als het gaat om vergoeding van immateriële schade als gevolg van overlijden. Een uitzondering hierop is schade als gevolg van een schokkende gebeurtenis, maar deze ziet uitdrukkelijk niet op het verdriet van de nabestaanden als gevolg van het overlijden.¹⁶ Ten tijde van de totstandkoming van het huidige artikel 6:108 BW zouden er te veel nadelen kleven aan een immateriële schadevergoeding voor nabestaanden.¹⁷ Het wetsvoorstel affectieschade, dat ten doel heeft vergoeding van immateriële schade voor een beperkte kring van gerechtigden mogelijk te maken, is in maart 2010 verworpen.¹⁸ Of immateriële schade als gevolg van het overlijden van een naaste voor vergoeding in aanmerking dient te komen, is een discussie op zich.¹⁹ Hier zal verder op deze plaats niet worden ingegaan.

De beperking in de te vorderen schadevergoeding zorgt er zo in sommige gevallen voor dat nabestaanden geen recht hebben op een schadevergoeding. Een sprekend voorbeeld is het overlijden van een kind. Het kind onderhield de ouders veelal niet, waardoor de ouders na overlijden dus ook niet behoeftig zullen zijn (in de financiële behoeften van de ouders zal nog steeds worden voorzien) en dus hebben de ouders wat dit betreft ook geen vordering op de aansprakelijke partij; zij zijn zelfs goedkoper uit. Het enige wat zij zouden kunnen vorderen is vergoeding van de kosten van lijkbezorging, tenzij deze kosten al vergoed zijn door bijvoorbeeld een uitvaartverzekering. Wanneer er een vergelijking wordt gemaakt met bijvoorbeeld de volledige vergoeding in geval van zaakschade, komt de vraag op wat daar een recht op volledige schadevergoeding rechtvaardigt in tegenstelling tot het beperkte recht op vergoeding van schade bij overlijden.²⁰ De in de parlementaire geschiedenis naar voren gebrachte argumenten voor

16 HR 22 februari 2002, *LJN* AD5356, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Woudsend/Veldeman).

17 Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en *VV I Inv.*, p. 1273. Zie voor een opsomming van de bezwaren ook R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010/2, p. 38.

18 Zie voor het wetsvoorstel *Kamerstukken I* 2004/05, nr. A, welke met 36 stemmen tegen is verworpen: stenogram van de vergadering d.d. 23 maart 2010, p. 1-2. Zie hierover M.P.G. Schipper & I. van der Zalm, 'Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade', *AV&S* 2010/3, nr. 16, p. 112-114.

19 Zie daarover bijvoorbeeld S.D. Lindenberg, 'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001/2, p. 61-66; W.H. van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *NJB* 2001/28, p. 1301-1302; T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen?', *NTBR* 2003/2, p. 72-82 en S.D. Lindenberg, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *AV&S* 2008/5, p. 255-263.

20 Vgl. in dezelfde zin W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001/4, p. 96.

de beperking van de te vorderen schadevergoeding in geval van overlijden zijn mijns inziens niet steekhoudend.²¹

3.4 Derving van levensonderhoud: uitwerking

3.4.1 *Kring van gerechtigden*

In het eerste lid van artikel 6:108 BW is een limitatieve opsomming te vinden van nabestaanden die recht hebben op schadevergoeding wegens het derven van levensonderhoud. Hiertoe behoren zowel echtgenoten en minderjarige kinderen (sub a) als andere bloed- of aanverwanten (sub b) en gezinsleden (sub c). Ten opzichte van artikel 1406 BW (oud) is de kring van gerechtigden uitgebreid. Het doel van de wetgever was dan ook ‘de kring der nabestaanden (...) uit te breiden tot allen, die tegenover de overledene een recht op levensonderhoud hadden’.²² De uiteindelijke uitwerking hiervan is echter anders. Er zijn een aantal categorieën van nabestaanden die ingevolge artikel 6:108 BW geen vorderingsrecht hebben. Ten tijde van het wetsontwerp is dan ook de vraag gesteld of het nog wel wenselijk is om, gegeven de snelle en nog steeds voortdurende veranderingen in samenlevingsvormen, een limitatieve opsomming te hanteren. Daarbij werd opgemerkt dat er ook aan andere criteria kan worden gedacht, zoals financiële afhankelijkheid in plaats van het in gezinsverband samenleven.²³ Het antwoord daarop was dat het in verband met de rechtszekerheid geen aanbeveling zou verdienen de kring van gerechtigden uit te breiden met de categorieën van nabestaanden die nu buiten de opsomming vallen. Een dergelijke uitbreiding zou daarnaast ook niet voor de hand liggen, nu het zou gaan om ‘relaties waarbij de partners juist hun zelfstandigheid willen behouden’. Aan het verstrekken van levensonderhoud door een ander zou dus geen behoefte bestaan.²⁴ Het resultaat hiervan is dat de categorieën van vorderingsgerechtigden zich niet hebben kunnen aanpassen aan de tijd. Het betreft een opsomming van gerechtigden gebaseerd op de samenlevingsvormen die ten tijde van de totstandkoming van het artikel gangbaar waren, terwijl er inmiddels een verandering in samenlevingsvormen plaats heeft gevonden. Zo heeft de niet met de overledene samenwonende echtgenoot geen vorderingsrecht. Bovendien komt ook de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot en de

21 Het zou onder andere gaan om angst voor overbelasting van de rechterlijke macht met de invoering van het Nieuw BW, Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en p. 1272-1273. Hierover ook W.H. van Boom, ‘Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk’, *AV&S* 2001/4, p. 97.

22 Parl. Gesch. Boek 6, MvA II (2846), p. 391.

23 Parl. Gesch. Boek 6, VV I Inv., p. 1314.

24 Parl. Gesch. Boek 6, MvA I Inv., p. 1315.

werkgever die een praktisch onvervangbare kracht mist geen vorderingsrecht toe. Terwijl deze laatste in geval van letsel wel een vorderingsrecht heeft (art. 6:107a BW).

In een eerder wetsontwerp was de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot als aparte categorie opgenomen, die uiteindelijk is geschrapt.²⁵ Er zou onvoldoende reden zijn om in een dergelijke situatie het recht op alimentatie, dat normaal gesproken eindigt met het overlijden van de alimentatieplichtige, te continueren indien het overlijden wordt veroorzaakt door een derde.²⁶ De vermelding dat het recht op alimentatie normaal gesproken eindigt in geval van overlijden roept vragen op. Het lijkt beter te rechtvaardigen wanneer het recht op schadevergoeding door zou lopen tot het moment dat het recht op alimentatie naar verwachting zou zijn gestopt en dus rekening te houden met de levensverwachting van de alimentatieplichtige en overige omstandigheden die daarbij van belang zijn. Op de uitsluiting van de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot is in de literatuur kritiek geuit.²⁷ Tot de kring van gerechtigden behoren nabestaanden die door de overledene werden onderhouden zonder dat daar een verplichting aan ten grondslag ligt. Gesteld wordt dat de tot alimentatie gerechtigde ex-echtgenoot, jegens wie wel een (alimentatie)verplichting bestond, op zijn minst ook een vorderingsrecht zou moeten hebben en eigenlijk zelfs voor zou dienen te gaan op enkele andere vorderingsgerechtigden.²⁸

Er is al eens geopperd de limitatieve opsomming van vorderingsgerechtigden los te laten en de begrenzing aan de rechter over te laten.²⁹ De wetgever is hier niet toe overgegaan met als argument de rechtszekerheid.³⁰ Wanneer de beperkte kring van gerechtigden bij overlijden vergeleken wordt met bijvoorbeeld de niet-beperkte kring van vorderingsgerechtigden bij zaakschade, roept dit vragen op. Het lijkt niet te rechtvaardigen waarom in geval van zaakschade geen afbakening van de kring van mogelijk

25 Parl. Gesch. Boek 6, MvT Inv., p. 1310.

26 Parl. Gesch. Boek 6, MvA I Inv., p. 1316.

27 J.B.M. Vranken, 'De verhouding van wettelijke onderhoudsplichten en het recht op schadevergoeding bij doodslag of verwonding', in: R. Lubbers (red.), *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer bundel), Deventer: Kluwer: 1988, p. 156-157 en G.T. de Jong, 'De alimentatiegerechtigde ex-echtgenote verdient een plaats in art. 6:108 BW', *NTBR* 2000/8, p. 360-364.

28 G.T. de Jong, 'De alimentatiegerechtigde ex-echtgenote verdient een plaats in art. 6:108 BW', *NTBR* 2000/8, p. 362.

29 Zie hierover bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, 'De verhouding van wettelijke onderhoudsplichten en het recht op schadevergoeding bij doodslag of verwonding', in: R. Lubbers (red.), *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer bundel), Deventer: Kluwer: 1988, p. 156-157 en T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade?', *TVP* 2006/4, p. 98-104.

30 Parl. Gesch. Boek 6, VV I Inv., p. 1315.

vorderingsgerechtigden bestaat, maar wanneer het gaat om fataal letsel wel, met als argument de rechtszekerheid.

3.4.2 *Omvang schadevergoeding*

De tot de kring van gerechtigde behorende personen hebben recht op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud. Deze kan worden gevorderd indien de overledene ten tijde van het overlijden in het levensonderhoud voorzag. Hieronder dient het voorzien in levensonderhoud zowel in financiële zin als in natura, bijvoorbeeld door het verrichten van huishoudelijke- of opvoedingstaken, te worden begrepen. De omvang van deze schade hangt af van de behoefte van nabestaanden en in hoeverre de overledene dit levensonderhoud zou hebben verschaft.

3.4.2.1 *Behoeftigheid*

Het werken met een vereiste van behoefte heeft wat weg van het alimentatierecht, maar mag daar niet mee gelijk worden gesteld.³¹ Het vereiste van behoefte in geval van overlijden is bekritiseerd.³² Het vereiste zou niet passen bij het schadevergoedingskarakter en onduidelijk is waarop dit vereiste gebaseerd is. Het hanteren van de behoefte is tot stand gekomen in de rechtspraak.³³ Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de grondslag voor het behoeftevereiste gevonden zou kunnen worden in de tekst en geschiedenis van artikel 1406 BW (oud).³⁴ In de literatuur wordt echter gesteld dat het vereiste van behoefte niet uit de tekst en geschiedenis van het artikel valt op te maken.³⁵ Ingevolge de tekst van artikel 1406 BW (oud) dient bij het bepalen van de schadevergoeding te worden gekeken naar ‘den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden’. Hiermee zou de rechter een bevoegdheid tot matiging van de schadevergoeding worden gegeven en hierin zou niet het vereiste van behoefte besloten liggen. Dat hierin niet het vereiste van behoefte besloten ligt, valt mede af te leiden uit het feit

31 Zie § 3.2.1 en voetnoot 11.

32 Zie A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 59-60 en aant. 22 bij art. 6:108 BW (Bolt) en de verwijzingen aldaar.

33 Zie hierboven onder 3.2.1.

34 Dit blijkt uit bijvoorbeeld HR 6 december 1907, W 8630; HR 27 februari 1925, NJ 1925, 566 en HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star).

35 Aldus onder meer L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 9; L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 55 e.v. en A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

dat deze woorden ook in artikel 1407 BW (oud) te vinden zijn, welk artikel de benadeelde in geval van letselschade in beginsel recht geeft op een volledige vergoeding van de schade (en dus niet voor zover daar behoefte aan bestaat).³⁶ Ook in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1406 BW (oud) is niets te vinden waaruit volgt dat de behoefte van nabestaanden bepalend is. Een eerder ontwerp van het artikel ging zelfs meer richting een volledige schadevergoeding. Er was namelijk ook winstderving opgenomen en onder schade diende tevens te worden begrepen 'gemis aan dagloon en andere vruchten van zelfwerkzaamheid'.³⁷ Nadat de behoefte als criterium is aangenomen in de rechtspraak en werd gehanteerd ten tijde van artikel 1406 BW (oud), is dit voortgezet onder het huidige artikel 6:108 BW en blijft het recht op schadevergoeding bij overlijden daarmee het eerder geschetste 'tweeslachtig' karakter behouden.

Mok noemt de tweeslachtigheid van schadevergoeding bij overlijden 'uit den boze' en acht weinig leerstukken aanwijsbaar 'met zulk een gebrek aan logische samenhang', wat de voorspelbaarheid van de hoogte van de schadevergoeding niet ten goede komt.³⁸ Wat betreft het vereiste van behoefte stelt hij nog mee te kunnen gaan met de gedachte dat echtscheiding een aan het huwelijk klevend risico is (waar alimentatie alleen in geval van behoefte op zijn plaats is), maar bij bijvoorbeeld verkeersongevallen is er van echtscheiding geen sprake; daar ligt het volledige risico op de schuldige partij en zijn verzekeraar. Uit de omstandigheid dat bij dood door schuld een tekort in levensonderhoud moet worden hersteld, zou zijns inziens geenszins volgen dat bij de bepaling van dit tekort de voorschriften betreffende de alimentatie bij echtscheiding moeten worden toegepast.³⁹ De uitspraak dat schadevergoeding bij overlijden 'een enigszins bijzondere alimentatie-actie' is, is volgens Mok te vergelijken met de stelling 'een stoel is een soort tafeltje' of ook wel een 'tafeltje met bijzonderheden'. Een dergelijke definitie zou verwarring wekken, een stoel dient onderscheiden te worden van een tafel door te letten op de functie.⁴⁰

36 Zo ook A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

37 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Deel V, Utrecht: Robert Natan, akademieboekhandelaar 1838, p. 89 en 91 (art. 10b van het Ontwerp van 13 februari 1833). Zie hierover ook A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

38 L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 8.

39 L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 8-9.

40 L. Mok, 'Schadeberekening bij dood door schuld', *Het Verzekeringsarchief* 1970/2, p. 69-70.

3.4.2.2 Voordeelstoerekening

In het aansprakelijkheidsrecht dient, indien dezelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens een voordeel heeft opgeleverd, voordeels-toerekening plaats te vinden voor zover dit redelijk is, aldus artikel 6:100 BW. Daarnaast dient er ook voldoende causaal verband te bestaan tussen het voordeel en de schadetoebrengende gebeurtenis. In geval van letselschade komen diverse uitkeringen voor verrekening in aanmerking. Zo is veelal in socialezekerheidswetgeving bepaald dat uitkeringen uit sociale verzekering verrekend dienen te worden. Ook uitkeringen uit schadeverzekering worden verrekend, dit hangt samen met het karakter van deze verzekering.⁴¹ Met een uitkering uit sommenverzekering ligt dit anders. Deze komt niet voor verrekening in aanmerking indien de verzekering door de benadeelde zelf is afgesloten en bekostigd.⁴² De uitkering dient niet te worden meegenomen bij het berekenen van de schade; er mag geen voordeels-toerekening plaatsvinden. De reden daarvan is dat 'het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappelijk een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen'.⁴³ Maar wanneer als gevolg van de schadetoebrengende gebeurtenis geen letsel wordt toegebracht maar iemand overlijdt, ligt dit anders.⁴⁴

In geval van overlijden is bij het bepalen van de derving van levensonderhoud de hele financiële positie van de nabestaanden van belang. Behoefteverminderende omstandigheden dienen in beginsel dus in de berekening te worden meegenomen.⁴⁵ Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de uitkeringen uit sommenverzekering, erfenis, sociale zekerheid, enzovoort, maar het kan ook gaan om uitkeringen die niet in causaal verband staat met het overlijden, bijvoorbeeld het winnen van een loterij.⁴⁶ Aan voordeelstoerekening

41 Parl. Gesch. Boek 6, Nota II Inv., p. 1294.

42 HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 m.nt. G.J. Scholten (IBC/Derkx).

43 HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 m.nt. G.J. Scholten (IBC/Derkx).

44 Eerder is er wel een voorstel geweest met dergelijke uitkeringen in geval van letsel en overlijden op dezelfde manier om te gaan. Dit betrof een voorstel voor de toevoeging van een vierde lid aan zowel art. 6:107 als 6:108 BW. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1291-1312.

45 HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star); HR 8 maart 1963, *NJ* 1963, 317 m.nt. L.J. Hijmans van den Berg (Stad Rotterdam/Brunt) en HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 379 (Centrale Werkgevers Risicobank/Staat).

46 Zie voor meer voorbeelden en verwijzing naar jurisprudentie aant. 24 en 39 e.v. bij art. 6:108 BW (Bolt).

wordt in geval van overlijden niet toegekomen, omdat deze uitkeringen al worden meegenomen bij het bepalen van de behoefteigheid en dus van de schade. De behoefteverminderende omstandigheden zullen hetgeen de aansprakelijke partij dient te betalen laten afnemen. Wanneer er vervolgens dan ook voordeelstoerekening zou plaatsvinden, zou dat betekenen dat de desbetreffende uitkering dubbel in mindering wordt gebracht op de door de nabestaanden te ontvangen schadevergoeding.

Het meenemen van de gehele positie van de nabestaanden bij het berekenen van de schadevergoeding klinkt logisch wanneer de schadevergoeding afhangt van wat de nabestaanden nodig hebben om in de behoeften te kunnen voorzien. Opgekomen voordelen vallen immers in het vermogen van de nabestaanden en daardoor neemt hetgeen nog nodig is om in de behoefte te voorzien af. Maar wanneer het recht op schadevergoeding van de nabestaanden wordt gezien in het licht van het aansprakelijkheidsrecht, waar in beginsel schade volledig voor vergoeding in aanmerking komt, is het meenemen van alle behoefteverminderende omstandigheden bij de berekening van de schade onbegrijpelijk. Het kan wrang zijn bepaalde uitkeringen of bijvoorbeeld een erfenis te moeten verrekenen en een aansprakelijke partij hiervan te laten 'profiteren', soms is de uitkering zelfs meer dan het recht op schadevergoeding dat de nabestaanden zonder de uitkering zouden hebben. Ondanks het grote verlies dat de nabestaanden hebben, komt hun dan geen recht op schadevergoeding toe. In 2000 is door de Hoge Raad een opening gelaten om sommige uitkeringen niet mee te nemen bij het bepalen van de behoefteigheid van nabestaanden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het aan de lagere rechter is om te onderzoeken in hoeverre en op welke wijze behoefteverminderende omstandigheden dienen te worden meegenomen bij het bepalen van de behoefteigheid van de nabestaanden, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁴⁷ Spier stelt in zijn conclusie bij dit arrest dat wanneer de Hoge Raad om zou gaan, en het niet te rechtvaardigen verschil tussen de benadering van uitkeringen in geval van letsel en overlijden gelijk zou trekken, de consequenties daarvan niet zijn te overzien.⁴⁸ Dit zou dan namelijk met terugwerkende kracht het geval zijn en daar zijn de premies niet op berekend. In zijn conclusie heeft hij een aantal punten opgenomen waar bij het al dan niet meenemen van uitkeringen uit verzekering op gelet kan worden. Van belang bij de beslissing tot het al dan niet verrekenen van de uitkering kan zijn wie de premie betaald heeft, wat de omvang van de behoefte en van de verzekeringsuitkering is in relatie tot de betaalde premie, wat de aard van

47 HR 4 februari 2000, *LJN* AA4719, *NJ* 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson).

48 Conclusie Spier conclusie bij HR 4 februari 2000, *LJN* AA4719, *NJ* 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 3.17.

de aansprakelijkheid is en de mate van schuld van de aansprakelijke partij en wat tot slot het doel en de strekking van de uitkering zijn.⁴⁹

Er wordt wel gesteld dat het niet meenemen van uitkeringen uit sommenverzekering een ‘gekunstelde constructie’ is om een kennelijk onredelijk eindresultaat te voorkomen.⁵⁰ Beter zou het zijn wanneer het gewenste resultaat ook zonder ‘gekunstelde constructie’ zou kunnen worden bereikt. Hiertoe zou de overheersende rol van het behoeftigheidsvereiste bij de berekening van overlijdensschade dienen te worden overwogen. Deze zou namelijk te rigide zijn en ten onrechte geen ruimte laten voor de redelijkheid. Hierbij dient opgemerkt te worden dat in het familierecht bij het bepalen van de behoeftigheid in geval van alimentatie in sommige gevallen ook plaats is voor het meewegen van niet-financiële omstandigheden en het dus geen gek idee is om in geval van overlijdensschade de omstandigheden van het geval en redelijkheid en billijkheid een rol te laten spelen.⁵¹ Het lijkt voor de hand te liggen de betekenis van het behoeftigheidsvereiste te heroverwegen. Wellicht is het een idee eens goed naar het alimentatierecht te kijken.

3.4.2.3 *Complexe schadeberekening*

Om schade als gevolg van derving van levensonderhoud te berekenen, dient er dus te worden gekeken wat de behoeftigheid is van nabestaanden. Hiertoe zal eerst de behoefte moeten worden bepaald (wat hebben de nabestaanden nodig om in het levensonderhoud te kunnen voorzien?), om vervolgens te kunnen zien wat het tekort is (de behoeftigheid). Bij deze berekening zal de gehele financiële positie van de nabestaanden, alle inkomsten en uitgaven, op tafel moeten. Dit is veelal erg belastend voor de nabestaanden en daarnaast ook erg tijdrovend, maar nodig om de derving van levensonderhoud te berekenen. Er is iemand weggefallen; de overledene brengt niets meer binnen, maar levert tegelijkertijd ook een besparing op. Om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen is ten eerste het gezinsinkomen van voor het overlijden van belang. Hierbij zijn ook de te maken carrièrestappen van belang. Niet alleen van de nabestaanden, maar ook van de overledene. De hoogte van de schadevergoeding is namelijk mede afhankelijk van de draagkracht van de weggefallen persoon. Wanneer het gezinsinkomen bekend is, dient dit te worden opgesplitst in vaste

49 Aldus Spier in zijn conclusie bij HR 4 februari 2000, *LJN* AA4719, *NJ* 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 3.21.

50 A.T. Bolt, ‘Sommenverzekering, schadevergoeding en redelijkheid’, *VR* 2008/10, p. 301.

51 J. van Duijvendijk-Brand, ‘Overlijdensschade, een hybride figuur’, in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 84.

en variabele lasten. Aangezien elk gezinslid een eigen vorderingsrecht heeft, is het van belang dat er een verdeling van het gezinsinkomen plaatsvindt om zo te berekenen tot welk bedrag de verschillende gezinsleden een vorderingsrecht hebben, al worden sommige inkomsten niet aan de gezinspot toebedeeld, daar zij te persoonlijk zijn.⁵² Na het bepalen van de vaste lasten worden deze toebedeeld aan de nabestaanden in de verhouding twee staat tot één.⁵³ Volwassenen hebben een aandeel in de vaste lasten dat tweemaal zo groot is als het aandeel van een kind. Bij de verdeling van de vaste lasten wordt de overledene niet meegenomen, omdat het uitgangspunt is dat de lasten niet zullen afnemen als gevolg van het overlijden. Om de variabele lasten aan de gezinsleden toe te delen, wordt tegenwoordig nog steeds gebruikgemaakt van de – enigszins aangepaste; de man en vrouw zijn gelijkgesteld – Amsterdamse schaal uit 1917.⁵⁴ Hierbij wordt gewerkt met vaste percentages. Deze schaal wordt ook wel ‘de aardappelschaal’ genoemd, aangezien de percentages gebaseerd zijn op het aantal aardappels dat werd gegeten door de verschillende gezinsleden. Uitgangspunt is dat volwassenen meer consumeren dan kinderen en dus ook een groter aandeel in de variabele lasten hebben. Wanneer de situatie zonder overlijden bekend is, dient ook de situatie met overlijden bekeken te worden. Op deze manier wordt de behoefte van de nabestaanden duidelijk. Het lijkt een logische berekening, maar op diverse punten biedt zij aanleiding tot discussie. Zo dient er bijvoorbeeld te worden geschat wanneer de kinderen zelfstandig zullen gaan wonen en wat naar verwachting de hertrouwkans van de overgebleven echtgenoot is. Daarnaast zijn de levensverwachtingen van zowel de overledene als de overgebleven echtgenoot van belang om te bepalen tot wanneer er in levensonderhoud zou zijn voorzien. Om dit te bepalen wordt er gewerkt met sterftetabellen, maar zelfs op dit punt is discussie. Deze discussie gaat over leeftijdscorrecties.⁵⁵ Er wordt in sommige gevallen gewerkt met tabellen die bestemd zijn voor een jonger of ouder iemand. Het wordt in de literatuur soms redelijk gevonden om bijvoorbeeld wanneer iemand gezond is de schadevergoeding te berekenen aan de hand van

52 Het gaat hierbij om bijvoorbeeld studiefinanciering, ANW-uitkering, weduwen en halfwezenpensioen. Zie hierover P. Meijer, *Overlijdensschade*, Cursusmateriaal KSU oktober 2009, p. 16-17.

53 HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 339 (Reinders/Delta Lloyd), rov. 3.4.

54 Zie over de Amsterdamse schaal onder andere L. Mok, ‘Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 B.W.’, *VR* 1965/4, p. 76; L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 125; L. Mok e.a., *Schadevergoeding in een som*, Antwerpen-Apeldoorn: Maarten Kluwer’s internationale uitgeverijonderneming 1984, p. 21 en J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 239.

55 Zie hierover ook C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 303.

een sterftetabel die gebaseerd is op een jongere leeftijd dan de daadwerkelijke.⁵⁶ Zo komt het voor dat wanneer er voor verzekeraars een berekening wordt gemaakt er met bepaalde aspecten zoals deze – in het belang van de verzekeraar – anders wordt omgegaan, dan wanneer de berekening voor een letselschadeadvocaat is die de nabestaanden bijstaat. Er zijn nog meer uitgangspunten waarover van mening verschild kan worden, waarbij de te maken keuze het schadebedrag aanzienlijk kunnen beïnvloeden. Door de verschillende manieren van berekenen, ontstaat er ook verschil in de uitkomst (de schade). Er kan dan ook niet gesteld worden dat een uitgerekend schadebedrag het juiste is.⁵⁷

De berekening van de schade is dus complex. De daarbij betrokken professionals hebben hier al moeite mee, laat staan dat het uit valt te leggen aan de nabestaanden.⁵⁸ Er wordt in de literatuur dan ook wel gesteld dat er eens kritisch naar de berekeningssystematiek zou moeten worden gekeken.⁵⁹ De berekeningssystematiek bij overlijdensschade wordt gezien als een lappendeken van op wet en jurisprudentie gebaseerde regels,⁶⁰ welke verschillend worden geïnterpreteerd.⁶¹ Zo is er bijvoorbeeld ook onduidelijk wat er onder ‘vaste lasten’ dient te worden begrepen. Er is niet duidelijk afgebakend waar deze uit bestaan. Wat daar wel en niet toe behoort, is veelal een

-
- 56 H.K. Köster, ‘Bezwaren en gevaren verbonden aan de actuariële berekeningen bij het bepalen der schadevergoeding volgens art. 1406 of art. 1407 B.W.’, *Verzekeringsarchief* 1963/3, p. 212 en L. Mok, ‘Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 B.W.’, *VR* 1965/4, p. 99. Iets wat niet in overeenstemming is met het gebruik van de statistieken, die juist een gemiddelde weergeeft, zo merkt Visser op; C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 303.
- 57 Zo ook C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 302-308 en A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309.
- 58 Zie in dezelfde zin onder andere L. Mok, ‘Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 B.W.’, *VR* 1965/4, p. 73-80; C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 302-308; A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309 en M.J. Neeser, ‘Overlijdensschade 21e eeuw, een update’, *VR* 2009/12, p. 361-367.
- 59 Zie bijvoorbeeld F.A.R.M. Zwarts, ‘Hoe overleef ik een overlijdensschaderegeling?’, *VR* 2008/10, p. 297-299; C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 302-308; A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309 en M.J. Neeser, ‘Overlijdensschade 21e eeuw, een update’, *VR* 2009/12, p. 361-367.
- 60 A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309.
- 61 Zie bijvoorbeeld C. Visser, ‘Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 302-308, die een aantal verschillende berekeningsmethoden (zoals Schade A-letsel, Pals, BSA en zijn eigen methode, Visser) naast elkaar heeft gezet en verschillen zichtbaar worden.

belangrijk punt van discussie. De hoogte van de vaste lasten weegt namelijk zwaar mee in de uiteindelijke schade. Van de vaste lasten valt zoals aangegeven niets weg; uitgangspunt is dat deze na het overlijden gelijk blijven en door de nabestaanden betaald zullen moeten worden. Hoe meer uitgaven dus tot de vaste lasten kunnen worden gerekend, des te meer de nabestaanden ingevolge de berekening nodig hebben om in de behoefte te kunnen voorzien en hoe hoger de schade uitvalt. Dat het voor beide partijen veelal van belang is wat er wel en niet onder de vaste lasten valt, mag dus duidelijk zijn. Bepaalde uitgaven lijken op het eerste gezicht niet tot de vaste lasten te behoren, maar kunnen dat toch (deels) zijn. Zo bijvoorbeeld de kosten van een vakantie; de helft van de prijs van een tweepersoonskamer ligt veelal lager dan de prijs van een eenpersoonskamer. Er zou dus gesteld kunnen worden dat hier deels een vaste component in zit. Ook kunnen elders gebruikte begrenzings van het begrip vaste lasten niet zomaar worden overgenomen. Als het om studiekosten gaat, wordt dit door bijvoorbeeld het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) gezien als vaste last, iets wat bij de berekening van de schadevergoeding niet zo behoort te worden gezien. Studiekosten dienen aan het desbetreffende studerende gezinslid toegerekend te worden en niet als vaste last van het hele gezin te worden meegenomen, tenzij het gehele gezin de desbetreffende studie doet.⁶² Er wordt gesteld dat het werken met een vast percentage van het gezinsinkomen veel discussie over de inhoud van het begrip ‘vaste lasten’ zou kunnen voorkomen.⁶³ Dit zou natuurlijk veel papierwerk, tijd – niet alles hoeft meer op tafel – en daarmee ook kosten schelen, maar er zijn ook nadelen aan verbonden. Er dient voor opgelet te worden dat de omstandigheden van het geval – die kunnen zorgen voor een percentage aan vaste lasten dat ver van het gemiddelde ligt – niet uit het oog worden verloren. Eventueel zou er een middenweg gezocht kunnen worden. Er wordt dan ook wel voorgesteld van het desbetreffende percentage af te wijken wanneer er een aanleiding is te vermoeden dat de vaste lasten in het desbetreffende geval ver van dat percentage afwijken.⁶⁴ In die gevallen zou dan gekozen kunnen worden voor het concreet berekenen van de schade.⁶⁵

62 Vgl. Rb. Den Bosch 8 maart 2006, *LJN* AX9125, *Nieuwsbrief Personenschade* juli 2006, waar voor bepaling van de vaste lasten een op budgetonderzoeken gebaseerd percentage wordt gebruikt.

63 A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309 (die dit voorzichtig als eventuele oplossing opwerpt) en P. Meijer, bijdrage aan PIV-jaarconferentie 2010.

64 Vgl. Rb. Arnhem 17 januari 2007, *LJN* AZ9274.

65 Zie in dezelfde zin P. Meijer, bijdrage aan PIV-jaarconferentie 2010.

3.4.2.4 *Kritiek*

De uitgangspunten die gebruikt worden bij de berekening van de derving van levensonderhoud zijn verouderd. De schadevergoeding voor de derving van levensonderhoud is gebaseerd op een ‘klassieke’ gezinssamenstelling waarbij de man werkt en de vrouw de huishouding doet en zorgt voor de kinderen,⁶⁶ terwijl er in de huidige samenleving in veel gevallen sprake van een andere gezinssituatie, zo oordeelt ook de Hoge Raad.⁶⁷ Aangezien hier door de wetgever geen rekening mee is gehouden, roept dit vragen op, wat terug is te zien in de rechtspraak. De laatste jaren zijn er in de jurisprudentie een aantal ontwikkelingen op dit punt geweest, waarbij geprobeerd wordt het recht op derving van levensonderhoud bij de tijd te brengen.⁶⁸ De rechter probeert met de geldende (verouderde) wetgeving de voorliggende vragen te beantwoorden en daarbij rekening te houden met de huidige samenleving, wat soms lastig is. Zo probeert de Hoge Raad in geval van derving van levensonderhoud in natura het recht op vergoeding bij de tijd te brengen door te werken met abstracties.⁶⁹ Dit roept de vraag op waarvan geabstraheerd mag worden en wat er dan precies voor vergoeding in aanmerking komt, wat zorgt voor puzzels in de literatuur en jurisprudentie en verschil in benadering van soortgelijke problematiek in geval van letsel en overlijden.⁷⁰

Daarnaast zijn bijvoorbeeld – de in paragraaf 3.4.2.3 aan bod gekomen – verdeling van de vaste en variabele lasten niet van deze tijd. Als uitgangspunt wordt genomen dat het aandeel van volwassenen in de vaste lasten tweemaal zo groot is als dat van een kind en worden de variabele lasten verdeeld met behulp van de Amsterdamse schaal uit 1917. Tegenwoordig lijkt het niet meer zo te zijn dat kinderen veel lagere lasten hebben in vergelijking met volwassenen. Kinderen gaan niet meer direct werken en studeren is

66 Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 398.

67 HR 16 december 2005, *LJN* AU6089, *NJ* 2008, 186 m.nt. J.B.M. Vranken (Pruisken/Organice), rov. 3.3.2.

68 Zie hiervoor HR 16 december 2005, *LJN* AU6089, *NJ* 2008, 186 m.nt. J.B.M. Vranken (Pruisken/Organice); HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365, *NJ* 2009, 385 m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea); HR 10 april 2009, *LJN* BG8781, *NJ* 2009, 386 m.nt. J.B.M. Vranken (Philip Morris/Bolink) en HR 12 juni 2009, *LJN* BH6533, *RvdW* 2009, 740.

69 HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365, *NJ* 2009, 385 m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea). Zie hierover I. van der Zalm & S.D. Lindenberg, ‘Abstractie bij overlijdensschade’, *MvV* 2008/10, p. 235-239 en T. Hartlief, ‘Vergoeding van overlijdensschade; abstract of concreet?’, *AA* 2008, p. 896-901.

70 Een voorbeeld hiervan is het verschil in berekening van de schadevergoeding voor verzorging en huishoudelijke hulp. Zie hierover S.D. Lindenberg & I. van der Zalm, ‘Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden’, *MvV* 2009/6, p. 146-151.

duur. Er zou zelfs verdedigd kunnen worden dat de uitgaven aan voeding, kleding en studie hoger liggen dan de uitgaven die volwassenen hebben.⁷¹ Maar ook de kosten van een baby zijn niet gering, gedacht kan worden aan de speciale voeding en dure luiers.⁷² Kortom, de uitgangspunten bij de berekening van de schadevergoeding voor het derven van levensonderhoud bij overlijden zijn niet meegegaan met de ontwikkelingen die de maatschappij heeft doorgemaakt.

3.5 Tijd voor heroverweging?

3.5.1 Algemeen

Op diverse punten is er kritiek op de huidige uitwerking van het recht op schadevergoeding bij overlijden. De meeste kritiek hangt samen met het fundament: in geval van schadevergoeding bij overlijden hebben de nabestaanden geen recht op vergoeding van de volledige schade. Het is een beperkte schadevergoeding voor het meest fatale letsel. De schade die nabestaanden lijden, komt veelal deels voor vergoeding in aanmerking, maar het recht biedt nabestaanden in sommige gevallen zelfs helemaal niets.

Het recht op schadevergoeding bij overlijden hinkt op twee gedachten. Aan de ene kant is er het aansprakelijkheidsrecht, maar de schade die er is komt niet volledig voor vergoeding in aanmerking. Aan de andere kant steunt het op gedachten achter het recht op alimentatie uit het familierecht, maar gebeurt dit niet consequent. De argumenten voor de beperkingen in artikel 6:108 BW – de angst voor onvoorzienbare vorderingen en overbelasting van de rechterlijke macht⁷³ – zijn achterhaald en niet (langer) overtuigend. Al helemaal wanneer de vergelijking wordt gemaakt met de vorderingsgerechtigden en voor vergoeding in aanmerking komende schade in geval van zaakschade, lijken de beperkingen in geval van overlijden niet te rechtvaardigen.⁷⁴

Het recht is niet bij de tijd, het sluit niet aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen. De levensvormen zijn tegenwoordig anders, er wordt anders gedacht over immateriële schade, er is een andere kijk op huishoudelijke arbeid, enzovoort. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden in de huidige samenleving met zich meebrengt, zorgen voor

71 P. Meijer, *Overlijdensschade*, cursusmateriaal KSU oktober 2009, p. 16.

72 Kritisch op dit punt M.J. Neeser, 'Overlijdensschade 21e eeuw, een update.', VR 2009/12, p. 365.

73 Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en VV I Inv., p. 1272-1273. Hierover ook W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', AV&S 2001/4, p. 97.

74 Vgl. W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', AV&S 2001/4, p. 96-97.

complexe methoden om de nabestaanden tegemoet te komen en daarmee voor veel kritiek. De kritiek op dit recht is niet van de laatste tijd. Zo is er bijvoorbeeld in een preadvies uit 1959 te lezen:

‘(...) het wonderlijke verschijnsel dat, zoals in Rome het doden van een slaaf een duurder zaak was dan het doden van een vrije, thans nog veel zwaardere schadeloosstellingen worden toegekend wegens verminking dan terzake van dood door schuld.’⁷⁵

Inmiddels is het meer dan vijftig jaar later en nog is er niet veel anders. Het lijkt tijd om naar een rake remedie tegen dit ‘wonderlijke verschijnsel’ te zoeken. Daartoe worden hierna enkele denkrichtingen voor nader onderzoek verkend.

3.5.2 *Mogelijke denkrichtingen*

Verschillende richtingen voor verbetering zijn denkbaar. Eerst zal bepaald moeten worden wat het doel is van de schadevergoeding bij overlijden. Dient er in de behoefte te worden voorzien, of gaat het om het daadwerkelijk vergoeden van de schade die er door het wegvallen van de overledene is? Afhankelijk daarvan kan er voor de uitwerking gekeken worden naar het familierecht of het aansprakelijkheidsrecht. Het tweede lijkt aantrekkelijker, het vergoeden van de schade die de nabestaanden lijden en niet enkel voorzien in levensonderhoud voor zover er behoefte bestaat. Dit zou ook tegemoet komen aan de kritiek: het beperkte recht dat de nabestaanden toekomt. Verschillende manieren zijn denkbaar om dit uit te werken. Er zou bijvoorbeeld meer binnen de kaders van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden gedacht.⁷⁶ Indien de beperkingen en de begrenzingen van het recht op vergoeding van schade bij overlijden losgelaten zouden worden, zouden de grenzen van dit recht bepaald kunnen worden door relativiteit en causaliteit. De nabestaanden worden dan gezien als ‘benadeelde’ en hebben een eigen vorderingsrecht op grond van onrechtmatige daad. Er zou geen beperking in de kring van gerechtigden meer in de wet opgenomen hoeven te zijn en ook geen beperking met betrekking tot de aard van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Bij deze uitwerking is een grotere, maar zeker ook lastige, rol voor de rechter. De beperkingen zijn niet meer in de wet te vinden, maar de rechter zal de grenzen moeten

75 P.J. Verdam, ‘Voordeelsaftrek bij schadevergoeding’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1959/1, p. 177.

76 Vgl. R. Rijnhout, ‘Vergoeding voor naasten: bittere ironie en bittere waarheid’, in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaf 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 155-171.

bepalen in zaken met aan de ene kant veelal emotionele nabestaanden en aan de andere kant in de meeste gevallen een verzekeraar. Nadeel hiervan is dat de grenzen op het eerste gezicht niet duidelijk zijn. Valt bijvoorbeeld ook schade als gevolg van studievertraging van de nabestaanden hieronder? En verlies aan arbeidsvermogen van de nabestaanden als gevolg van psychische problemen door het overlijden?

In plaats van het schrappen van artikel 6:108 BW zou er ook kunnen worden gedacht aan uitbreiden. Daarbij zou de limitatieve opsomming van de kring van gerechtigden verruimd kunnen worden of eventueel aan de rechter kunnen worden overgelaten.⁷⁷ Zo zou ervoor gezorgd kunnen worden dat bepaalde personen met schade niet buiten de kring van gerechtigden vallen. Daarnaast zou de voor vergoeding in aanmerking komende schade kunnen worden verruimd, zodat ook andere schadeposten – naast schade door derving van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging – voor vergoeding in aanmerking komen. Of het vereiste van behoefteigheid stand zou kunnen houden voor de schade door derving van levensonderhoud is een andere vraag. Op dit moment is er kritiek op, wat mede lijkt te zijn ontstaan doordat wanneer naast de kosten van lijkbezorging alleen de derving van levensonderhoud voor vergoeding in aanmerking komt, er soms totaal geen schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. De nabestaanden blijven dan met lege handen achter. Uit de kritiek komt tevens naar voren dat het berekenen van de schade door derving van levensonderhoud eenvoudiger mag. Dit kan dan misschien wel bereikt worden door het laten vallen van het behoefteigheidsvereiste, maar wellicht zou oriëntatie op de uitwerking van het behoefteigheidsvereiste in het familierecht ook behulpzaam kunnen zijn.⁷⁸

3.6 Tot slot

Op de huidige benadering van overlijdensschade bestaat op diverse punten kritiek. De beperking van schadeposten en van de kring van gerechtigden, de alimentatietrekjes en het vereiste van behoefteigheid belemmeren de remedie bij schade door overlijden. Daarom verdient het recht op schadevergoeding bij overlijden heroverweging. Het zou een rake remedie zijn wanneer het aansprakelijkheidsrecht beter zou kunnen zorgen voor

77 T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade?', *TVP* 2006/4, p. 98-104; H.M. Storm, 'Een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever: de juiste keuze?', *NTBR* 1996/4, p. 94-95 en W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001/4, p. 97.

78 J. van Duijvendijk-Brand, 'Overlijdensschade, een hybride figuur', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 59-88.

de nabestaanden. De in paragraaf 3.5 aan bod gekomen denkrichtingen betreffen slechts enkele eerste gedachten. Het is tijd dat naar de uitwerking hiervan onderzoek wordt gedaan. Er zou gekeken moeten worden wat het doel is van de schadevergoeding bij overlijden en wat dit betekent voor de uitwerking ervan.

Zoals een stoel is om op te zitten, dient een schadevergoeding ertoe de schade die er is te compenseren. Een stoel is geen tafel, net als dat het recht op schadevergoeding geen alimentatie is; het recht op alimentatie is een onderhoudsverplichting die thuishoort in het familierecht en niet in het aansprakelijkheidsrecht. De vraag die beantwoord zou moeten worden is of er in geval van schadevergoeding bij overlijden in de behoeften dient te worden voorzien die de nabestaanden hebben, of dat het gaat om het vergoeden van de schade die er door het wegvallen van de overledene is. Van daaruit kan verder gedacht worden over de vormgeving van het recht op schadevergoeding bij overlijden. Daarbij dient in gedachten te worden gehouden dat een snelle afwikkeling gewenst is,⁷⁹ evenals het kunnen uitleggen van de totstandkoming van het schadebedrag aan nabestaanden.

79 Voor zover de desbetreffende omstandigheden van het geval dit toestaan; het is wenselijk dat de berekeningssystematiek op zich door de complexiteit daarvan in elk geval geen vertraging in de afwikkeling oplevert.

IV De *constructive trust*: een rake remedie?

R.A. Woutering

Is de constructive trust een rake remedie? Jazeker – Lord Finch herkende dit al in Cook v. Fountain (1676) – en wel zo raak dat plaatsing binnen het Nederlandse recht lastig is, maar niet onmogelijk. Een constructive trust kan in bepaalde gevallen een separatistenachtige positie geven aan bepaalde gelaedeerden in geval van een insolvente dader (constructive trustee). Die positie kan mijns inziens worden gerechtvaardigd wanneer anders de andere schuldeisers van de failliet zouden profiteren van zijn onoirbaar gedrag. Ondanks het feit dat het Nederlandse recht op het moment doorgaans flexibel genoeg is om tot een redelijk bevredigende oplossing te komen in de meeste gevallen – ik denk dan vooral aan artikel 6:103 BW – kent ons recht niet zomaar een separatistenpositie toe aan gelaedeerden. Toch zou invoering van (iets wat lijkt op) de constructive trust op basis van dit argument wellicht positief zijn voor ons rechtssysteem. Daarbij verdient echter de positie van pand- en hypotheekhouders met name aandacht.

4.1 Inleiding

In dit artikel neem ik de Engelse *constructive trust* onder de loep. Zoals ik zal uiteenzetten is het een middel dat naar Engels recht heel divers wordt ingezet. Is de constructive trust echter een veelkoppig monster waarvan het Nederlandse recht maar beter op afstand kan blijven, of betreft het hier een middel dat effectief genoeg is om het wellicht, al dan niet deels, te implementeren in ons eigen recht?

Deze vraag zal ik gaan beantwoorden aan de hand van een aantal deelaspecten. Aan de orde zal komen in welke gevallen constructive trusts worden toegepast in het Engelse recht en wat voor discussie daar in Engeland over woedt. Blijken zal dat er geen alomvattende criteria zijn voor het toepassen van de constructive trust, maar dat een belangrijke categorie gebaseerd is op geschaad vertrouwen: een partij heeft een belofte gemaakt waar hij zich later niet aan houdt, als gevolg waarvan zijn wederpartij na-deel ondervindt. Vervolgens ga ik beoordelen of er ruimte is voor een implementatie van constructive trusts in het Nederlandse recht, met name in die gevallen van ‘onoirbaar’ gedrag. Is er in dit soort feitelijke situaties ruimte voor de constructive trust in het Nederlandse recht? En hoe zou een constructive trust naar Nederlands recht vormgegeven moeten worden?

Kan men met de rechtsmiddelen die het Nederlandse recht reeds biedt casus oplossen waarvoor men in Engeland een constructive trust gebruikt? En ook niet onbelangrijk: kunnen we de separatistenachtige positie van een beneficiary in geval van een failliete laedens rechtvaardigen? Ik begin met een schets van de constructive trust.

4.2 De *constructive trust*

4.2.1 Wat zijn constructive trusts?

Een trust is, basaal gezegd, een fiduciaire rechtsverhouding tussen twee partijen: de trustee (die al dan niet zelf settlor is; de oprichter van de trust) en de beneficiary.¹ Ten aanzien van de zaken die in deze trustverhouding vallen, heeft de trustee de *legal title to property*. Dit wil zeggen dat hij eigenaar is op grond van de common law. Hij heeft de feitelijke macht over de trustgoederen. Hier dient de kanttekening bij gemaakt te worden dat de trustee verplicht is – men spreekt van een *fiduciary obligation* – om zijn eigendomsrecht, en de daarmee samenhangende feitelijke macht over de trustzaken, aan te wenden niet ten behoeve van hemzelf, maar ten behoeve van de beneficiary. Deze beneficiary heeft ten aanzien van de trustgoederen de *equitable title to property*. Hij is eigenaar op grond van het equity-recht² en kan in beginsel te allen tijde de legal title opeisen van de trustee.³

Een trust die is ontstaan als gevolg van de wil van partijen noemt men een *express trust*.⁴ In deze zin is een trust een middel ter gebruik of verdeling van eigendom, bijvoorbeeld als alternatief voor een directe eigendomsoverdracht (overdracht van de legal title to property) aan de beneficiary.

Een ander soort trust is de *resulting trust*.⁵ Hier draagt A aan B zaken over onder omstandigheden die aanleiding geven tot de veronderstelling dat het niet de bedoeling van A was om een dergelijke overdracht te bewerkstelligen. Aldus houdt B de overgedragen zaken als trustee voor A. Onder de definitie van resulting trust vallen bovendien de situaties waarin A zaken aan B overdraagt met de bedoeling dat B (al) deze zaken als trustee onder zich krijgt, maar waar de opgerichte express trust (om verschillende mogelijke redenen) niet alle zaken treft die in dat kader zijn overgedragen. De

1 A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 43 e.v.

2 Voor een omvangrijke blik op het equity-recht, zie S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006.

3 *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav 115.

4 S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 67; A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 73 e.v.

5 S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 71; A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 453 e.v.

zaken die niet in de express trust vallen, houdt B voor A op basis van een resulting trust.

Een ander species van de trust is de *constructive trust*.⁶ Zeer kort gezegd is een constructive trust een trust die niet alleen vanwege de bedoeling of veronderstelde bedoeling van partijen in werking treedt, zoals respectievelijk het geval is bij express en resulting trusts. In *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* beschreef Lord Browne-Wilkinson de constructive trust als een trust ‘which the law imposed on [the trustee] by reason of his unconscionable conduct’ – een trust die door het recht aan de trustee is opgelegd vanwege zijn onoirbare gedragingen.⁷ Deze beschrijving wordt ondersteund door bijvoorbeeld Millet LJ in *Paragon Finance plc v. DB Thakerar & Co*:

‘[...] a constructive trust arises by operation of law whenever the circumstances are such that it would be unconscionable for the owner of property (usually but not necessarily the legal estate) to assert his beneficial interest in the property.’⁸

Als voorbeeld van een constructive trust schets ik hier de casus uit de zaak *Pallant v. Morgan*.⁹ Twee mensen, A en B, zijn geïnteresseerd in dezelfde onroerende zaak. In plaats van tegen elkaar op te bieden en zo de prijs op te drijven, spreken zij af dat B de onroerende zaak zal kopen en het daarna zal delen met A. A vertrouwt op deze afspraak en onderneemt zelf verder geen actie meer om deze onroerende zaak te bemachtigen. B komt zijn woord echter niet na en schaft de onroerende zaak alleen voor zichzelf aan. In een dergelijk geval ontstaat er een constructive trust ten behoeve van A over een gedeelte van het onroerend goed.

Wat is het gevolg van deze kwalificatie? B beschikt nog steeds over de legal title to property ten aanzien van het onroerend goed, maar een deel van deze eigendom dient hij aan te wenden ten behoeve van A, die nu beneficiary is geworden en ten aanzien van dit gedeelte van het onroerend goed de equitable title to property heeft verkregen. Hieruit vloeit voort dat A vanuit zijn nieuwe rechtspositie een gedeelte van de legal title to property kan opeisen van B.¹⁰

Zoals reeds aangegeven is de constructive trust een rechtsmiddel dat in een grote variëteit aan situaties zijn werking vindt. De vraag is dan ook of

6 A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 497 e.v.

7 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* [1996] AC 669.

8 *Paragon Finance plc v. DB Thakerar & Co* [1999] 1 All ER 400.

9 *Pallant v. Morgan* [1953] Ch 43.

10 *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav 115.

het mogelijk is om te spreken van dé constructive trust. Het is zeer lastig om een theorie te bedenken die alle verschillende constructive trusts tot in detail verklaart, of die zelfs ‘maar’ een groot deel van deze trusts omvat.¹¹ Voorts wil ik graag benadrukken dat het trustrecht zijn basis vindt in case law, waardoor een heel heldere lijn niet altijd is te ontdekken.

In deze paragraaf ga ik vooralsnog niet proberen zelf een overkoepelende theorie te formuleren, maar beperk ik mij tot een beschrijving van de gevallen waarin er in het Engelse recht sprake is van een constructive trust. Daarbij moet worden vooropgesteld dat men rechtszekerheid ten aanzien van eigendom in Engeland erg belangrijk vindt. In de woorden van Lord Millett in *Foskett v. McKeown*:

‘Property rights are determined by fixed rules and settled principles. They are not discretionary. They do not depend upon ideas of what is “fair, just and reasonable”. Such concepts, which in reality mask decisions of legal policy, have no place in the law of property.’¹²

Het ‘lukraak’ toewijzen van constructive trusts door de rechter, met een discretionaire bevoegdheid daartoe (een zogenaamde remedial constructive trust), wordt in Engeland dan ook afgewezen.¹³

4.2.2 *Gevalen waarin een constructive trust ontstaat*

Nu volgt de beloofde schets van gevallen waarin er in het Engelse recht sprake is, of lijkt te zijn, van een constructive trust. De schets is niet volledig,¹⁴ want ik ga vooral op de laatste categorie trusts – gebaseerd op een geschaad vertrouwen – wat dieper in, omdat deze trusts mijns inziens het dichtst aanschuiven tegen het begrip ‘remedie’ zoals bedoeld in deze bundel.

11 Voorbeelden van dergelijke theorieën: S. Gardner, ‘Reliance-Based Constructive Trusts’, in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 63-93; en B. McFarlane, ‘Constructive Trusts Arising on a Receipt of Property Sub Conditione’, (2004) 120 *Law Quarterly Review* 667.

12 *Foskett v. McKeown* [2001] 1 AC 102, 127.

13 S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 269.

14 Ik laat bijvoorbeeld onder meer de zogenaamde *common intention* constructive trust ter zake het familieonderkomen buiten beschouwing. Zie voor dit onderwerp bijv. A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 646 e.v.

4.2.2.1 Derden die trusteigendom verkrijgen

Er bestaat verwarring over de vraag of er een (nieuwe) constructive trust ontstaat, wanneer derden eigendom uit een trust verkrijgen terwijl zij zich bewust zijn van het feit dat iemand anders, de beneficiary, een equitable interest in deze goederen heeft. Deze derden worden aangeduid als *knowing recipients*; men spreekt van *knowing receipt*.¹⁵ Het taalgebruik dat in sommige uitspraken wordt aangewend, suggereert dat er inderdaad sprake is van het ontstaan van een constructive trust. Millet J stelt bijvoorbeeld in *Agip (Africa) Ltd v. Jackson*:

‘Unless [a recipient of misdirected trust property] is a bona fide purchaser for value without notice, he must restore the trust property to its rightful owner if he still has it. But even a volunteer who has received trust property cannot be made subject to a personal liability to account for it as a constructive trustee [romain R.A.W.] if he has parted with it without having previously acquired some knowledge of the existence of the trust.’¹⁶

Maar niets is wat het lijkt. Er is in deze gevallen – dat wil zeggen, in geval van *knowing receipt*, en ook in geval van *dishonest assistance* – geen sprake van een constructive trust. De beneficiary behoudt hetzelfde recht dat hij al had: zijn equitable title to property. Aan dit recht verandert niets doordat het goed in kwestie door de trustee is overgedragen aan een derde. De beneficiary kan dit bestaande recht geldend maken jegens deze derden (behalve wanneer het een ‘bona fide purchaser for value without notice’ betreft). Het gebruik van de term *constructive trustee* is hier dus verwarrend, zoals ook Lord Nicholls heeft opgemerkt:

‘The traditional approach to [knowing recipients and dishonest assistants] involves interposing a deemed (“constructive”) trusteeship between the wrongful conduct (dishonest participation) and the remedy (liability in equity). This intermediate step seems otiose and, indeed, confusing.’¹⁷

Wat met de woorden ‘accountable/liable as a constructive trustee’ wordt bedoeld, is dat vanwege de omstandigheden waarin deze derden het trusteigendom hebben verkregen, zij nu door het equity-recht belast worden met

15 *Bank of Credit and Commerce International (Overseas) Ltd v. Akindele* [2001] Ch 437; *City Index Ltd v. Gawler* [2008] Ch 313.

16 *Agip (Africa) Ltd v. Jackson* [1990] 1 Ch 265.

17 Lord Nicholls, ‘Knowing Receipt: The Need for a New Landmark’, in: W.R. Cornish et al. (red.) *Restitution: Past, Present and Future*, Oxford: Hart Publishing 1998.

taken die veelal lijken op die van de oorspronkelijke trustee.¹⁸ Het betreft hier echter nog steeds dezelfde express trust.

4.2.2.2 *De trusts uit Re Rose¹⁹ en Pennington v. Waine²⁰*

Het equity-recht grijpt in beginsel niet in, wanneer een overdracht om niet mislukt.²¹ De trusts uit deze categorie vormen een uitzondering op dit beginsel.

De regel uit *Re Rose* kan als volgt worden samengevat: wanneer A alles wat in zijn macht ligt heeft gedaan om een rechtstreekse eigendomsoverdracht om niet aan B te effectueren, houdt A vanaf dat moment het betreffende goed als trustee voor B, indien er eigenlijk nog een handeling van een derde, C, nodig is om de overdracht te voltooien.²² Er is hier geen sprake van een strijdigheid met het beginsel dat ‘equity will not perfect an imperfect gift’.²³ A heeft alles gedaan wat hij kon doen om ervoor te zorgen dat er een geldige eigendomsoverdracht om niet plaats zou vinden.

Een dergelijke strijdigheid is wel te vinden in *Pennington v. Waine*, waar A niet alle vereiste handelingen heeft verricht om tot een geldige eigendomsoverdracht om niet aan B te komen, maar waar het wel de bedoeling was van A om eigendom over te dragen en waar het bovendien volgens de Court of Appeal onredelijk (unconscionable) van A zou zijn geweest om terug te komen op deze intentie. Ook hier ontstaat een trust ten behoeve van B.²⁴

4.2.2.3 *Eigendom verworven in strijd met fiduciaire verplichtingen*

Degenen op wie fiduciaire verplichtingen rusten (*fiduciaries*²⁵), zoals trustees, maar ook bijvoorbeeld bestuurders van een onderneming, moeten zich volledig inzetten voor de belangen van hun beneficiaries, degenen ten behoeve van wie zij deze verplichtingen vervullen. Deze fiduciaries moeten

18 C. Mitchell & S. Watterson, ‘Remedies for Knowing Receipt’, in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 130.

19 *Re Rose* [1952] 1 Ch 499.

20 *Pennington v. Waine* [2002] 1 WLR 2075.

21 A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 222 e.v.

22 R. Pearce & J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 175.

23 Zoals bijv. aangehaald in *Milroy v. Lord* (1862) 4 D&G F&J 264, 274-275, per Turner LJ.

24 R. Pearce & J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 177.

25 S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 129 e.v.

belangenverstrengeling voorkomen, en mogen bijvoorbeeld geen ongeautoriseerde winsten maken – dat wil zeggen: in privé kansen benutten terwijl zij dit eigenlijk namens hun beneficiary/*principal* hadden moeten doen.²⁶ Kort gezegd ontstaat er een constructive trust over deze ongeautoriseerde winsten, zelfs wanneer het een type winst betreft dat sowieso nooit ten bate van de beneficiary zou zijn gekomen, bijvoorbeeld smeergeld.²⁷

4.2.2.4 *Overdracht per ongeluk: Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd*²⁸

In de zaak *Chase Manhattan* betaalde Chase Manhattan per ongeluk ongeveer twee miljoen dollar te veel aan de Israel-British Bank, vlak waarna deze failliet ging. Goulding J stelde vast dat wanneer men een dergelijke betaling per ongeluk doet, men een equitable interest in het te veel betaalde behoudt. Deze uitspraak is bekritiseerd door Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*.²⁹ er is geen sprake van het behoud van een equitable interest, omdat de bezitter van een legal interest niet ook een equitable interest heeft, en een dergelijk equitable interest alleen ontstaat binnen een trustverhouding. Een dergelijke trust kan pas ontstaan ten laste van de ontvanger, wanneer deze ontvanger weet dat er sprake is geweest van een fout. Hoewel de oorspronkelijke redenering in *Chase Manhattan* dus niet klopt, kan de uitkomst van de zaak wel degelijk als juist beschouwd worden omdat de Israel-British Bank inderdaad wist dat Chase Manhattan per abuis het teveel aan geld had overgemaakt.

4.2.2.5 *Een uitzondering op de wet: geheime trusts (secret trusts)*³⁰ en trusts terzake grondtransacties

Een *fully secret trust* is een trust, waarbij A aan B eigendom nalaat, maar waarbij A en B in het geheim afspreken dat B de eigendom als trustee houdt ten behoeve van C. Behalve A en B is dus niemand op de hoogte van het

26 A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 535 e.v.; G. Moffat, *Trusts Law Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 826 e.v.

27 *Attorney-General for Hong Kong v. Reid* [1994] 1 AC 324.

28 *Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd* [1981] Ch 105.

29 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* [1996] AC 669.

30 A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 268 e.v.

bestaan van de trust.³¹ In geval van een *half secret trust* is uit het testament wel op te maken dat B als trustee fungeert, maar zijn de verdere details van de trust geheim.³² Wat betreft secret trusts is het de vraag of zij express of constructive trusts zijn. Zij bestaan als een uitzondering op de hoofdregel geformuleerd in de wet,³³ mijns inziens primair om fraude door de erfgenaam te voorkomen.³⁴

Iets zeer vergelijkbaars geldt voor de trust uit *Rochefoucauld v. Boustead*.³⁵ Waar A en B mondeling afspreken dat A een stuk grond aan B zal overdragen, zodat B er als trustee ten behoeve van C over zal beschikken, ontstaat er (wellicht) in strijd met de wet³⁶ wel degelijk een trust met C als beneficiary wanneer er geen schriftelijk bewijs is van deze trust. Het lijkt alsof hier gewoon sprake is van een express trust (en wanneer men deze trust als express trust classificeert: van strijd met de wet), wanneer men de nadruk legt op het feit dat, wanneer A heeft kunnen bewijzen dat hij mondeling een trust heeft willen opzetten, er inderdaad een trust ontstaat en de intentie van A dus wordt geëffectueerd. Men kan ook stellen dat dit type trust ontstaat om fraude van B te voorkomen, en niet (primair) als gevolg van de intentie van A. In dat geval zou men kunnen zeggen dat er hier sprake is van een constructive trust,³⁷ wat naar Engels recht makkelijker te rijmen valt met de wet.³⁸

4.2.2.6 Trusts gebaseerd op (geschaad) vertrouwen

De grenzen van deze categorie trusts zijn allerm minst duidelijk, omdat het hier soms gaat om trusts die ook op een andere manier uitgelegd kunnen worden, bijvoorbeeld als een express trust. Mijns inziens valt een zaak als het eerder aangehaalde *Pallant v. Morgan*³⁹ sowieso binnen deze categorie, net als een aanverwante uitspraak als *Banner Homes Group Plc v.*

31 G. Moffat, *Trusts Law Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 139-140.

32 G. Moffat, *Trusts Law Text and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 140.

33 Namelijk als uitzondering op de formaliteiten die ex art. 9 van de Wills Act 1837 vereist zijn voor het oprichten van een testamentaire trust.

34 *Paragon Finance Plc v. DB Thakerar & Co.* [1999] 1 All ER 400.

35 *Rochefoucauld v. Boustead* [1897] 1 Ch 196.

36 Art. 53, lid 1, sub b en lid 2 van de Law of Property Act 1925.

37 *Bannister v. Bannister* [1948] 2 All ER 133; *Paragon Finance Plc v. DB Thakerar & Co.* [1999] 1 All ER 400, per Millett LJ.

38 Art. 53 lid 2 van de Law of Property Act 1925, waarin voor constructive trusts een uitzondering wordt gemaakt op het beginsel uit lid 1: het bestaansvereiste van schriftelijk bewijs.

39 *Pallant v. Morgan* [1953] Ch 43.

Luff Developments Ltd,⁴⁰ waarin ook sprake was van een joint venture-afsprake die door een van de partijen niet werd gehonoreerd. Het gaat hier dus om gevallen waarin A vertrouwt op een afspraak gemaakt met B, dat B eigendom zal bemachtigen waarin A vervolgens zal delen, ter gezamenlijke exploitatie. Door op B te vertrouwen wordt A benadeeld in zijn vermogen om zelf eigendom te verwerven wanneer B de afspraak niet nakomt; of wordt B in elk geval bevoordeeld. Wanneer B vervolgens stelt honderd procent van de eigendom te bezitten, grijpt het equity-recht in en ontstaat er een constructive trust ten behoeve van A op de helft van de eigendom. Tevens relevant in deze categorie constructive trusts is de zaak *Neale v. Willis*,⁴¹ waarin een man van zijn schoonmoeder £ 50,- leent om een huis van £ 2.850,- te kopen, op voorwaarde dat zijn vrouw voor de helft zal delen in de eigendom van het huis. De overdracht van het huis vond later echter plaats aan hem alleen. De Court of Appeal besliste dat er een constructive trust was ontstaan ten behoeve van zijn vrouw op de helft van de eigendom van het huis.

Ook *Rochefoucauld v. Boustead* kan onder deze categorie trusts worden geschaard. B belooft aan A, dat wanneer A de eigendom van een stuk grond aan hem zal overdragen, hij (B) het vervolgens als trustee zal houden ten behoeve van C. A vertrouwt op deze mondelinge afspraak en draagt de eigendom over aan B, waardoor A nadeel ondervindt: A laat na en verliest nu ook de gelegenheid om duidelijk – schriftelijk – vast te stellen dat hij een trust wil opzetten ten behoeve van C, wanneer B vervolgens ten onrechte claimt de eigenaar te zijn. Dit verlies van A, wat Gardner een reliance-loss noemt,⁴² komt natuurlijk bovenop het feit dat ook C benadeeld wordt wanneer B niet erkent dat C een beneficiary is.⁴³

Net als *Rochefoucauld v. Boustead* kunnen ook secret trusts ondergebracht worden in deze paragraaf.⁴⁴ Ter illustratie gebruik ik hier het scenario van een fully secret trust: A laat per testament aan B eigendom na,

40 *Banner Homes Group Plc v. Luff Developments Ltd* [2000] Ch 372.

41 *Neale v. Willis* (1968) 19 P & CR 836 (CA).

42 S. Gardner, 'Reliance-Based Constructive Trusts', in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 63-93.

43 Zoals eerder opgemerkt wordt de trust uit *Rochefoucauld v. Boustead* ook wel anders uitgelegd, namelijk als een express trust. Zie bijv. W. Swadling, 'The Nature of the Trust in *Rochefoucauld v Boustead*', in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 95-113.

44 B. McFarlane, 'Constructive Trusts Arising on a Receipt of Property *Sub Conditione*', (2004) 120 *Law Quarterly Review* 667; S. Gardner, 'Reliance-Based Constructive Trusts', in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 64-67; A. Hudson, *Equity and Trusts*, Londen: Routledge-Cavendish 2010, p. 288 e.v.

vertrouwende op een mondelinge (geheime) afspraak die A en B hebben gemaakt dat B de eigendom in werkelijkheid als trustee ten behoeve van C zal houden. Wanneer B beweert simpelweg de eigenaar te zijn nadat A is overleden, heeft A de kans verloren om een andere regeling te treffen ten behoeve van C en geniet B ten onrechte voordeel. In het geval van een half secret trust geniet B geen voordeel (immers, het is duidelijk dat hij trustee is, maar niet ten behoeve van wie), maar derft A dezelfde kans.

Voorts is er de constructive trust die in gevallen van mutual wills ontstaat.⁴⁵ Er is dan sprake van een situatie als volgt: A en B spreken af, dat degeen van hen die het eerste overlijdt eigendom nalaat aan de ander, die het vervolgens op zijn beurt weer zal nalaten aan C. A en B spreken daarbij ook af hun testamenten niet meer te veranderen. Wanneer A als eerste overlijdt en nalaat aan B, en B vervolgens niet nalaat aan C, heeft A de kans verloren om bijvoorbeeld direct aan C na te laten.

4.2.3 Eerste bevindingen

De constructive trust wordt, zo moge duidelijk zijn, voor verschillende doelen en in verschillende contexten gebruikt. Naar mijn mening kan men verder niet spreken van het bestaan van ‘de constructive trust’. In bepaalde gevallen wordt naar Engels recht een trust gebruikt om een probleem op te lossen, of om tot een bepaalde uitkomst te komen in een zaak.

De beoordeling van de constructive trust wordt bemoeilijkt door het feit dat een overkoepelende theorie of een algemene set van voorwaarden voor het gebruik van deze vorm van trust ontbreekt. Toch zijn de consequenties van de kwalificatie ‘constructive trust’ ingrijpend. Er ontstaat een fiduciaire verhouding tussen twee partijen, waarbij één partij trustee wordt en zekere verplichtingen ten aanzien van de andere partij heeft, die nu beneficiary is. Wat voor verplichtingen er binnen trusts in het algemeen bestaan voor de trustee (waarbij mede de vraag wat nou precies een fiduciaire verhouding is, speelt) is allerm minst duidelijk in regels te vatten en hangt vooral af van de context waarin de trust is ontstaan.⁴⁶

Voor constructive trusts geldt in ieder geval het goederenrechtelijke gevolg, dat ik hiervoor al heb geschetst. Op basis van de nieuw verkregen equitable interest ten aanzien van een (gedeelte van een) zaak waarover de beneficiary nu beschikt, moet de trustee de legal title to property ten aanzien van deze zaak (of een gedeelte daarvan, wanneer de nieuw verkregen equitable

45 *Birmingham v. Renfrew* (1937) 57 CLR 666; *Ottaway v. Norman* [1972] Ch 698; *Re Goodchild (deceased)* [1996] 1 WLR 694, affirmed [1997] 1 WLR 1216 (CA).

46 R. Calnan, *Proprietary rights and insolvency*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 307-308, nr. 8.59 e.v.

title to property van de beneficiary de zaak slechts deels omvat) overdragen aan de beneficiary, wanneer de beneficiary dit verlangt.⁴⁷ Het recht van de beneficiary is zo sterk dat het gelijkgesteld kan worden met een separatistenpositie in een eventueel faillissement van de trustee. De zaken waarover de constructive trust zich uitstrekt, vallen niet onder de activa die bij faillissement van de trustee, al dan niet na tegeldemaking, worden verdeeld over zijn schuldeisers.⁴⁸ Er is sprake van een soort afgescheiden vermogen, en de beneficiary heeft een soort separatistenpositie.

Het eigendomsrecht van de trustee wordt dus aangetast doordat er een nieuw goederenrechtelijk recht ontstaat dat toekomt aan de beneficiary. Bijvoorbeeld in zaken als *Banner Homes Group Plc v. Luff Developments Ltd*⁴⁹ en *Pallant v. Morgan*⁵⁰ kan A, die aanvankelijk vertrouwde op het woord van B en daardoor de kans om zelf de betreffende onroerende zaak te bemachtigen heeft laten liggen, alsnog een gedeelte van de legal title to property ten aanzien van deze onroerende zaak opeisen op basis van de equitable title to property die hij heeft verkregen doordat er een constructive trust is ontstaan. En in *Neale v. Willis*⁵¹ kan de ‘gedupeerde’ echtgenote alsnog de helft van de legal title to property ten aanzien van het huis opeisen van haar man, omdat zij op grond van de ontstane constructive trust een equitable title to property heeft ten aanzien van de helft van het huis. De vervolgvraag is dan of de constructive trust op zich een rake remedie is. Mijns inziens wel, en wel zo raak dat men er in Engeland niet aan wil om de rechter te veel discretie te geven wanneer het gaat om het opleggen van een constructive trust.⁵²

Voor het vervolg van deze bijdrage is het belangrijk om te constateren dat er een groep constructive trusts is die ontstaat nadat een partij zich ‘on-oirbaar’ heeft gedragen. Te denken valt dan vooral aan de categorie trusts gebaseerd op geschaad vertrouwen (paragraaf 4.2.2.6): een partij heeft een belofte gedaan waar hij zich later niet aan houdt, als gevolg waarvan zijn wederpartij nadeel ondervindt. Het is die groep van gevallen die ik wil afzetten tegen het Nederlandse recht: is er in dit soort feitelijke situaties ruimte voor de constructive trust in het Nederlandse recht?

47 *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav 115.

48 Art. 283 lid 3 sub a van de Insolvency Act 1986.

49 *Banner Homes Group Plc v. Luff Developments Ltd* [2000] Ch 372.

50 *Pallant v. Morgan* [1953] Ch 43.

51 *Neale v. Willis* (1968) 19 P & CR 836 (CA).

52 Lord Millett geeft in *Foskett v. McKeown* aan dat wanneer het om kwesties van eigendom gaat, rechtszekerheid van groot belang is. Mijns inziens laat deze uitspraak geen ruimte voor een beleidsvrijheid van de rechter, en dus voor remedial constructive trusts.

4.3 De constructive trust in het Nederlandse recht

4.3.1 *Aandachtspunten*

Bij het beantwoorden van de vraag of het wenselijk is om voor deze gevallen de constructive trust in het Nederlandse recht in te voeren, zijn er een aantal punten van belang. Hoe gaan we om met de separatistenpositie van gelaedeerden in insolventies, die het gevolg is van oplegging van een constructive trust? Een beneficiary loopt ten opzichte van zijn constructive trustee geen risico dat hij zijn vergoeding misloopt wanneer de trustee failliet gaat, maar wanneer diezelfde persoon slechts een vordering uit onrechtmatige daad heeft jegens de dader is dat wel anders. Is dit verschil in positie wel te rechtvaardigen? Voorts dringt zich de vraag op, of het Nederlandse recht niet genoeg heeft aan de middelen waarover het reeds beschikt – te denken valt aan bijvoorbeeld artikel 6:103 BW – in dit soort situaties van geschaad vertrouwen. Met andere woorden: zijn er andere redenen, los van het gegeven dat schadevergoeding in Nederland geen separatisme geeft, om de constructive trust in te passen in het Nederlandse recht? Ook ga ik kort in op de vraag hoe constructive trusts zouden moeten worden vormgegeven in het Nederlandse recht, gezien bijvoorbeeld het feit dat er in een trust-verhouding in feite sprake is van twee verschillende eigendomsrechten ten aanzien van hetzelfde goed; een naar Nederlands recht onbekende situatie. Verder betrek ik het *numerus clausus*-beginsel in de puzzel. Tevens heeft invoering en vormgeving van (iets dat lijkt op) de constructive trust, voor de gevallen waarin sprake is van onoirbaar gedrag, binnen het Nederlandse recht bepaalde consequenties voor houders van beperkte rechten als pand en hypotheek.

4.3.2 *Prioriteit in insolventies*

We bevinden ons in een andere positie dan de Engelsen wat betreft het formuleren van een antwoord op de vraag hoe om te gaan met de separatistenachtige positie die de constructive trust geeft aan de beneficiary in insolventies.

In Engeland is de trust geleidelijk als verschijnsel binnen het equity-recht gegroeid. Pas later werd er een *bewust* onderscheid gemaakt tussen trusts die in het leven werden geroepen als gevolg van de intenties van partijen, en trusts die puur als gevolg van de werking van de wet ontstonden, ondanks het feit dat deze distinctie er onbewust waarschijnlijk al wel was.⁵³

53 P. Matthews, 'The Words Which Are Not There', in: C. Mitchell (red.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2010, p. 6.

Matthews haalt de zaak *Cook v. Fountain* (1676) aan als zijnde de vroegste zaak waarin hij het bewuste onderscheid tussen deze twee typen trusts heeft kunnen vinden. Hij citeert Lord Finch:

*'All trusts are either, first, express trusts, which are raised and created by act of the parties, or implied trusts, which are raised or created by act or construction of law; again, express trusts are declared either by word or writing; and these declarations appear either by direct and manifest proof, or violent and necessary presumption. These last are commonly called presumptive trusts; and that is, when the Court, upon consideration of all circumstances presumes there was a declaration, either by word or writing, though the plain and direct proof thereof be not extant. In the case in question there is no pretence of any proof that there was a trust declared either by word or in writing; so the trust, if there be any, must either be implied by the law, or presumed by the Court. There is one good, general, infallible rule that goes to both these kinds of trusts; it is such a general rule as never deceives; a general rule to which there is no exception, and that is this; the law never implies, the Court never presumes a trust, but in case of absolute necessity [romein R.A.W.]. The reason of this rule is sacred; for if the Chancery do once take liberty to construe a trust by implication of law, or to presume a trust, unnecessarily, a way is opened to the Lord Chancellor to construe or presume any man in England out of his estate; and so at last every case in court will become casus pro amico.'*⁵⁴

Uit deze aanhaling blijkt tevens dat de Engelsen zich in 1676 al bewust waren van het feit dat een dergelijke trust een bijzonder rake remedie is. Het betreft immers een vorm van eigendom die de rechter als het ware toewijst. Lord Finch geeft aan dat het zeer zeker niet de bedoeling is dat de Lord Chancellor een willekeurige man als het ware uit zijn eigendom kan construeren met een trust. Dit citaat uit 1676 beschouwend kan men eigenlijk al voorspellen dat de Engelsen later, dat wil zeggen tegenwoordig, niet aan zogenaamde remedial constructive trusts willen.

Blijkbaar waren er echter in Engeland feitelijke situaties waar het wel absoluut nodig was, *cases of absolute necessity*, om trusts als remedie te gebruiken, zij het met enige terughoudendheid. Als gevolg van deze noodzakelijkheid hebben mensen die zich geconfronteerd zagen met een bepaald onrecht, historisch een sterke positie gehad als beneficiary van een (constructive) trust, waaronder ook een separatistenpositie in insolventiesituaties. Deze sterke positie in insolventies was dus in Engeland mijns inziens niet een doel – ik heb hier tenminste nergens aanwijzingen voor kunnen vinden – maar een gevolg.

54 *Cook v. Fountain* (1676) 3 Swans 585, 591-592 (eerste cursief origineel).

Bij een eventuele inpassing van de (idee van de) constructive trust in het Nederlandse recht kunnen wij in deze tijden niet (meer) volstaan met de constatering, dat een sterke positie in situaties van insolventie nou eenmaal een gevolg is van het gebruik van constructive trusts – ervan uitgaande dat wij deze trusts om andere redenen zouden willen gebruiken als remedie. De vraag is of het wenselijk is dat bepaalde personen die economische schade lijden – kijkend naar de gevallen waarin men in Engeland constructive trusts toepast – kennelijk in insolventiesituaties bevoorrecht zijn boven anderen, die bijvoorbeeld letsel oplopen en zich dus moeten ‘behelpen’ met het stelsel van de onrechtmatige daad, en dus als concurrent-schuldeiser in de rij mogen aansluiten wanneer de dader failliet gaat.

Ik wil de volgende mogelijke rechtvaardiging geven voor dit verschil in positie. Waar de laedens bij het veroorzaken van letselschade er geen voordeel aan overhoudt, ligt dat bij een geval als *Pallant v. Morgan*⁵⁵ (paragraaf 4.2.1) anders. Daar is precies de schade die de gelaedeerde lijdt (een gemiste kans om een gedeelte van het onroerend goed zelf te exploiteren) aan te duiden als een positief voordeel voor de laedens (die nu zelf volledig eigenaar is van het onroerend goed, in plaats van gedeeltelijk). Het letselschadeslachtoffer zou dus, als hij bij dezelfde laedens aanklopt voor een schadevergoeding, en wanneer zijn recht en dat van de andere gelaedeerde – de beneficiary – gelijk zouden zijn in geval van faillissement van de laedens, onrechtmatig profiteren van het onoirbaar gedrag van de laedens/constructive trustee jegens de beneficiary, via de vermogenstoename die de laedens met dit onoirbaar gedrag heeft bewerkstelligd. Mijs inziens is de constructive trust voor dit soort gevallen een goede oplossing, en is de ‘separatistenpositie’ van de beneficiary in dit soort situaties gerechtvaardigd.

4.3.3 *Bestaande opties in het Nederlandse recht*

Dit neemt niet weg dat een invoering van de constructive trust een ingrijpende wijziging van ons recht tot gevolg zou hebben. De ‘separatistenpositie’ die bepaalde gelaedeerden krijgen in geval van een failliete laedens kan worden gerechtvaardigd, zoals hierboven uitgelegd, maar zijn er misschien nog andere redenen om de constructive trust in te voeren? De vraag die zich nu opdringt is duidelijk: is het in een situatie zoals in *Pallant v. Morgan* mogelijk om met de bestaande rechtsmiddelen die het Nederlandse recht ons biedt tot een bevredigende oplossing te komen? In deze zaak was er naar Engels recht nog geen afdwingbare verbintenis uit contract waarop A eventueel B zou kunnen aanspreken, zelfs al zou A kunnen bewijzen dat er inderdaad sprake is van een mondelinge afspraak, en greep men naar de constructive trust als oplossing. Naar Nederlands recht neig ik ertoe te

55 *Pallant v. Morgan* [1953] Ch 43.

zeggen dat, afhankelijk van de precieze details van de casus, wanneer A kan bewijzen dat hij met B een mondelinge afspraak heeft gemaakt en dat B volgens A daarom onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 BW door deze afspraak niet te honoreren, er ook al snel sprake is van wils-overeenstemming en dus van een overeenkomst ex artikel 3:33 BW juncto artikel 6:213 en 6:217 BW. Verklaringen en mededelingen kunnen immers in iedere vorm geschieden en zelfs in een gedraging besloten liggen, zo vertelt artikel 3:37 BW ons. In principe ligt dan voor de benadeelde, voor A, de weg open om eenvoudigweg nakoming ex artikel 3:296 BW te vorderen of om, afhankelijk van de precieze casus, desnoods via artikel 6:162 BW of 6:74 BW het pad naar artikel 6:103 BW te bewandelen. De geleden schade zou dan bestaan uit de gemiste gelegenheid om zelf het onroerend goed te bemachtigen en daarna te exploiteren. Een precies schadebedrag zal in een dergelijk geval lastig vast te stellen zijn, maar via artikel 6:103 BW is prima te bewerkstelligen dat A alsnog deelgenoot in de eigendom van het onroerend goed wordt, om zo de situatie te herstellen. Het punt is echter, zoals ik in de paragraaf hiervoor heb uitgelegd, dat eventuele andere schuldeisers van B kunnen profiteren van het onoirbaar gedrag van B, en daarmee indirect ook profiteren ten nadele van A. De gelaedeerde krijgt met een vordering op basis van artikel 6:103 BW in de hand immers niet een separatistenpositie zoals een beneficiary die heeft in het geval de laedens failliet gaat. Hetzelfde geldt voor een recht op nakoming.

De conclusie die ik hier wil trekken ligt voor de hand: kijkend naar de rechtsmiddelen die het Nederlandse recht ons reeds biedt, voegen constructive trusts qua flexibiliteit maar weinig toe – maar wel qua goederenrechtelijk effect. Het is dus vooral de goederenrechtelijke positie die deze trust geeft aan de gelaedeerde in geval van een insolvente laedens die maakt dat een constructive trust meer biedt dan het huidige Nederlandse recht.

4.3.4 *De vormgeving van een constructive trust in het Nederlandse recht*

Nu er in een constructive trustverhouding twee vormen van eigendom worden onderscheiden – een legal en een equitable title to property – is het de vraag of dit überhaupt te rijmen valt met het Nederlandse recht.

De eerste schijnbaar voor de hand liggende optie is om de equitable title van de beneficiary vorm te geven als een beperkt zakelijk recht, dat de eigendom van de trustee bezwaart. Ook Zwolve legt een dergelijk verband tussen de equitable interest van een beneficiary en (beperkte) goederenrechtelijke rechten zoals wij die kennen.⁵⁶ Dit zou gevoelsmatig het makkelijkst binnen

⁵⁶ W.J. Zwolve, C. AE. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 285.

het bestaande systeem zoals wij dat kennen passen: het zweet breekt de Nederlandse jurist al gauw uit bij de gedachte aan twee verschillende, volledige eigendomsrechten ten aanzien van hetzelfde goed. Mijns inziens – en ik ben het dus op dit punt niet volledig eens met het verband dat Zwolve legt – verloochent deze ‘oplossing’ echter de idee van wat een constructive trust is: de equitable title die de beneficiary heeft is veel meer een volledig (eigendoms)recht dan een recht dat te vergelijken valt met bijvoorbeeld een pand- of hypotheekrecht,⁵⁷ ook al geven deze laatste een separatisten- (en prioriteits)positie in geval van insolventies.

Uniken Venema rangschikt het recht van de beneficiary onder de zakelijke rechten op basis van een vergelijking tussen de bona fide purchaser rule (for value without notice)⁵⁸ uit het trustrecht en verkrijging van roerende goederen naar Nederlands recht.⁵⁹ Kort gezegd is er sprake van een vergelijkbare bescherming van derden die te goeder trouw zijn en die in aanraking komen met het trustgoed/de roerende zaak. Zie ik het goed, dan neigt ook Uniken Venema zodoende dus meer naar een gelijkschakeling van de equitable title to property met een eigendomsrecht (ten aanzien van een roerend goed), dan met een beperkt (zakelijk) recht.

Verder zou een gegronde uitzondering op het principe van paritas creditorum, zoals uitgelegd in paragraaf 4.3.2, voor bepaalde gevallen – situaties waarin de laedens als gevolg van zijn onoirbaar gedrag een vermogenstoename bewerkstelligt waar andere schuldeisers niet van zouden mogen profiteren bij de afwikkeling van een faillissement – mijns inziens mogelijk moeten zijn. Zoals Schoordijk opmerkt betreft het hier een rechtspolitieke keus; hij is er zelf echter niet happig op om de feitelijke preferentie die de constructive trust met zich meebrengt in te passen in het Nederlandse recht.⁶⁰ Ik zou hierbij de kanttekening willen maken dat partijen door middel van een verbintenisrechtelijke benadering op basis van het bestaande Nederlandse recht in bepaalde situaties, en binnen bepaalde grenzen,⁶¹ ook (al) een dergelijke feitelijke preferentie zouden kunnen bewerkstelligen.⁶² Daarbij is de paritas creditorum wel een van deze grenzen.⁶³

57 *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav 115.

58 S. Worthington, *Equity*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 95-97.

59 C. AE. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 210.

60 H.C.F. Schoordijk, *Tracing, constructive trust, ongegronde verrijking, zaaksvervanging*, Deventer: Kluwer 1991, p. 19.

61 R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 79 e.v.

62 R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 121-123.

63 Een curator mag bijvoorbeeld de bevoegdheid om de faillissementspauliana in te stellen niet cederen aan een schuldeiser: F.P. van Koppen, *Actio pauliana*

In geval van een constructive trust die ontstaat als gevolg van onoirbaar gedrag is er bovendien echter geen sprake van een goederenrechtelijk recht dat ontstaat omdat *partijen* dit willen, zoals het geval is bij een pand- of hypotheekrecht (of een express trust). Hieruit vloeit mijns inziens dan voort dat het numerus clausus-beginsel – de regel dat partijen geen goederenrechtelijke rechten kunnen scheppen buiten die in de wet geregelde, die gevonden kan worden in artikel 3:81 lid 1 BW – in principe geen obstakel is voor een inpassing van de constructive trust in het Nederlandse recht.⁶⁴ Zodoende kan ik een beschouwing van de reikwijdte van het numerus clausus-beginsel hier achterwege laten.⁶⁵

Misschien wel het belangrijkste nadeel van een inpassing van de constructive trust in het Nederlandse recht is de afbreuk die een dergelijke inpassing zou maken aan beperkte rechten als het pand- en hypotheekrecht. Immers, wanneer een derde een pand- of hypotheekrecht op de eigendom van de laedens heeft gevestigd tussen het tijdstip waarop de constructive trust ontstaat en waarop deze wordt (h)erkend door de rechter, dient zich de vraag aan hoe de ontstane beneficiary interest zich verhoudt tot het pand- of hypotheekrecht – gezien het eigenlijk *ouder* is, maar pas later (h)erkend. Bij de vormgeving van de constructive trust binnen het Nederlandse recht zou hier een goede oplossing gevonden voor moeten worden (als die er is), gezien de behoefte van de praktijk aan betrouwbare zekerheidsrechten.

4.4 Afronding en conclusies

Dit brengt mij tot de afronding van dit artikel. Ik heb laten zien dat de constructive trust zijn uiting vindt in een grote verscheidenheid aan situaties; van gevallen waarin per ongeluk en dus zonder titel eigendom wordt overgedragen,⁶⁶ tot gevallen waarin er sprake is van een geschaad

en onrechtmatige daadvordering (diss. Tilburg 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 132.

64 Voor de express trust ligt dit wellicht anders. D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 142-148 concludeert uiteindelijk van niet; hij haalt in zijn betoog echter op p. 141-142 Zwalve, Smits en De Grooth aan, die in dit kader – de afweging tussen express trust en numerus clausus-beginsel – wel spreken van moeilijkheden. De express trust geeft aan partijen immers zo'n grote vrijheid dat zij naar eigen inzicht praktisch een onbeperkt aantal goederenrechtelijke rechten kunnen creëren.

65 Zie over de reikwijdte van het numerus clausus-beginsel bijv. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 92 e.v.

66 *Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd* [1981] Ch 105.

vertrouwen en waar een constructive trust optreedt om onoirbaar gedrag ongedaan te maken.⁶⁷

Is de constructive trust een rake remedie? Jazeker – Lord Finch herkende dit in 1676 al in de zaak *Cook v. Fountain*⁶⁸ – en wel zo raak dat plaatsing binnen het Nederlandse recht lastig is, maar niet onmogelijk. Het geven van een separatistenachtige positie aan bepaalde gelaedeerden in geval van een insolvente dader/constructive trustee kan mijns inziens worden gerechtvaardigd wanneer anders de andere schuldeisers van de failliet zouden profiteren van zijn onrechtmatig gedrag. Ondanks het feit dat het Nederlandse recht op het moment doorgaans flexibel genoeg is om tot een redelijk bevredigende oplossing te komen in de meeste gevallen – ik denk dan vooral aan artikel 6:103 BW – zou een invoering van de constructive trust op basis van dit argument wellicht positief zijn voor ons rechtssysteem. Het is in overeenstemming met in ieder geval mijn rechtsgevoel dat crediteuren niet indirect dienen te kunnen profiteren ten nadele van elkaar. Ook is het numerus clausus-beginsel volgens mij geen obstakel voor een invoering.

Bij deze overwegend positieve noot moet echter de kanttekening geplaatst worden dat er in geval van inpassing van de constructive trust in het Nederlandse recht in ieder geval wel een oplossing gevonden dient te worden voor de (daardoor) verzwakte positie van pand- en hypotheekhouders. Dat lijkt mij een interessante vervolgvraag, wellicht te beantwoorden door een van mijn illustere opvolgers, in een volgende editie van deze bundel.

67 Bijv. *Pallant v. Morgan* [1953] Ch 43.

68 *Cook v. Fountain* (1676) 3 Swans 585.

V Restitutionary damages: schadevergoeding zonder schade?

N.J. van der Graaff

Restitutionary damages zijn een vorm van schadevergoeding uit de common law die gericht zijn op het afnemen van voordeel. Zij worden toegepast in gevallen waarin sprake is van wanprestatie of onrechtmatige daad, maar de wederpartij geen echte schade lijdt. Aanknopingspunt is de Engelse uitspraak Attorney-General v. Blake, waarin restitutionary damages voor het eerst zijn toegewezen bij contractbreuk. Centraal staat de vraag wat de mogelijkheden binnen ons recht zijn om schadevergoeding te verkrijgen in een situatie waarin als gevolg van opzettelijke wanprestatie geen schade is geleden.

Om restitutionary damages in ons rechtssysteem in te passen, worden eerst wanprestatie en onrechtmatige daad onderzocht. Het probleem bij deze rechtsfiguren vormt de schade-eis. Bovendien is toepassing van artikel 6:104 BW niet mogelijk, omdat niet geabstraheerd kan worden van de omstandigheid dat er geen schade is geleden. Bij ongerechtvaardigde verrijking vormt het vereiste van verarming het probleem. Geconcludeerd wordt dat restitutionary damages noch gebaseerd kunnen worden op wanprestatie of onrechtmatige daad noch op ongerechtvaardigde verrijking. Gezien de voordelen zouden restitutionary damages echter wel mogelijk moeten zijn. Zo wordt de naleving van contracten gestimuleerd en bieden ze een oplossing voor gevallen waarin wordt geprofiteerd van wanprestatie, maar waarin geen schade is geleden.

5.1 Inleiding

Als opzettelijke wanprestatie leidt tot winst van de wanprestant, maar niet tot schade van diens wederpartij, kent het recht dan een remedie? Die vraag stond centraal in de Engelse uitspraak *Attorney General v. Blake*.¹ George Blake is een spion van het Verenigd Koninkrijk ten tijde van de Koude Oorlog. Blake is van 1944 tot 1961 werkzaam voor de Britse geheime dienst, maar in de jaren vijftig pleegt hij verraad door een geheim agent voor de Sovjet-Unie te worden en allerlei informatie en documenten prijs te geven. Hij is daarvoor veroordeeld tot 42 jaar gevangenisstraf, maar is zijn straf ontlopen door te vluchten naar Moskou. In 1989 schrijft hij een

1 *Attorney-General v. Blake* [2001] 1 AC 268.

autobiografie met informatie die op het moment van publicatie niet langer schadelijk is voor het algemeen belang of nog als vertrouwelijk kan worden aangemerkt.² Blake heeft bij zijn indiensttreding een contract met daarin een geheimhoudingsverklaring getekend. Hij mag tijdens en na zijn dienstperiode geen informatie onthullen die te maken heeft met zijn werk. Door het publiceren van een autobiografie heeft hij dus contractbreuk gepleegd. Probleem is dat er geen aanwijsbare schade aan de zijde van de staat is en dat een veroordeelde als Blake niet alleen zijn straf is ontlopen, maar er ook geld aan zal verdienen. Bovendien is het in het belang van de staat om te voorkomen dat andere voormalig spionnen soortgelijke contractbreuken zullen begaan.³ Om te voorkomen dat Blake zou kunnen profiteren van de situatie worden restitutionary damages toegewezen als vorm van schadevergoeding.

Restitutionary damages zijn een schadevergoeding gebaseerd op het afnemen van winst. Deze winstafdracht als vorm van schadevergoeding wordt gebruikt in situaties waarin wordt geprofiteerd van bijvoorbeeld wanprestatie, maar waarin de wederpartij geen schade lijdt. Omdat er geen schade is, kan geen compenserende schadevergoeding worden toegewezen en biedt het klassieke schadevergoedingsrecht dus geen (rake) remedie. Restitutionary damages kunnen dan uitkomst bieden. De zaak *Attorney General v. Blake* is binnen de common law belangrijk, omdat het House of Lords daarin voor het eerst expliciet de mogelijkheid geeft om restitutionary damages toe te wijzen bij contractbreuk.⁴ Omdat restitutionary damages als schadevergoedingsvorm niet bestaan in Nederland onderzoek ik hoe het mogelijk is om de winst weg te halen bij degene die het contract niet nakomt. Aan de hand van de vraag hoe in Nederland over een zaak als *Attorney General v. Blake* zou worden beslist, onderzoek ik wat de mogelijkheden binnen ons recht zijn om schadevergoeding te verkrijgen in een situatie waarin opzettelijke wanprestatie is gepleegd, maar waarin geen schade is geleden.

2 G. Blake, *No Other Choice*, Londen: Jonathan Cape 1990.

3 D. Fox, 'Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract', *Cambridge law journal* 2001-60, p. 35.

4 Inmiddels werden restitutionary damages gevorderd in *World Wide Fund for Nature v. World Wrestling Federation* [2001] All ER (D) 50, *AB Corporation v. CD Company* (The "Sine Nominee") [2002] 1 Lloyd's Rep 805, *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc* [2003] EMLR 25 en *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad Ltd* [2001] All ER (D) 324, maar alleen in de laatste zaak zijn ze toegewezen. Zie voor de periode voor de zaak Blake: A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Londen/Dublin/Edinburgh: Butterworths 1994, p. 308-311.

Eerst komt in paragraaf 2 aan bod wat de verdere feiten van de zaak zijn, wat het procesverloop is en worden de meningen van de betrokken rechters weergegeven. Daarna worden in paragraaf 3 de voor- en nadelen van deze aanpak besproken. Vervolgens worden in paragraaf 4 verschillende Nederlandse rechtsfiguren vergeleken met restitutionary damages om tot slot in paragraaf 5 tot een beantwoording van de onderzoeksvraag te komen.

5.2 *Attorney-General v. Blake*

5.2.1 *Definitie*

Voor een goed begrip van restitutionary damages is een omschrijving van deze schadevergoedingsvorm op haar plaats. Restitutionary damages zijn afkomstig uit de common law en gericht op het afnemen van winst van iemand die onrechtmatig heeft gehandeld of wanprestatie heeft gepleegd. Deze winst kan ook bestaan uit een besparing. De winstafdracht als vorm van schadevergoeding wordt gebruikt in situaties waarin iemand profiteert door te wanpresteren, maar waarin voor de tegenpartij geen echte schade bestaat.⁵ Belangrijke kenmerken van deze sanctie zijn het afschrikkende effect en de toepassing wanneer een compenserende schadevergoeding niet het juiste effect heeft.⁶

5.2.2 *Feiten en procesverloop*

Voormalig Brits geheim agent Blake pleegde verraad door voor de Sovjet-Unie als spion aan het werk te gaan. Hij werd veroordeeld, maar ontvluchtte het land en zo'n dertig jaar later schrijft hij een autobiografie. Het boek bevat (niet langer gevoelige) informatie over zijn werkzaamheden als Brits geheim agent. Het is niet te verwachten dat Blake zijn gevangenisstraf nog zal uitzitten, maar nu de royalty's van het boek zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden, wil de staat hem deze ontnemen. De staat stelt Blake aansprakelijk op grond van schending van zijn geheimhoudingsverplichting door het publiceren van zijn boek zonder toestemming van de staat. De Vice-Chancellor wijst de vordering af, omdat de wet niet voorziet in een geheimhoudingsverplichting ten aanzien van niet-vertrouwelijke informatie. In hoger beroep oordeelt de Court of Appeal dat de staat wellicht recht heeft op restitutionary damages wegens contractbreuk, maar de

5 Zie voor een andere wijze van voordeelafgifte: C.H. Sieburgh, 'Gerechtigheid en rechtshandhaving', WPNR 2010, 6843.

6 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 83.

Attorney-General besluit in deze fase in rechte nog niet in te gaan op dit punt en houdt het open voor hoger beroep.

Blake besluit in hoger beroep te gaan. De Attorney-General vordert in dit stadium restitutionary damages die een bedrag van £ 90.000 betreffen dat Blake nog krijgt van zijn uitgever. Lord Nicholls of Birkenhead (hierna: 'Lord Nicholls') heeft het leidende oordeel. Hij begint met op te merken dat de meeste schrijvers een voorstander zijn van het ontnemen van voordeel onder bepaalde omstandigheden, maar dat er geen consensus bestaat over de vraag om welke omstandigheden het dan dient te gaan.⁷ Lord Nicholls richt zich op bestaande uitgangspunten. Met betrekking tot contractbreuk geeft hij aan dat schadevergoeding de gangbare remedie is, maar dat een compenserende schadevergoeding niet altijd adequaat is. Daarom bestaat in bepaalde zaken de mogelijkheid om nakoming te eisen. Ook kan de rechtbank een gerechtelijk bevel uitvaardigen om bijvoorbeeld de naleving van negatieve verplichtingen af te dwingen. Een negatieve verplichting is een verbintenis om iets niet te doen. Lord Nicholls merkt echter op dat zulke remedies niet altijd mogelijk zijn en dat het toepassen van deze remedies een discretionaire bevoegdheid van de rechter is.

Vervolgens haalt Lord Nicholls de eerder gewezen zaak *Wrotham Park* aan.⁸ De zaak gaat over huizen die gebouwd zijn in strijd met een *restrictive covenant*, een overeenkomst waarin een partij zich verplicht om zich van bepaalde gedragingen te onthouden. Projectontwikkelaar Parkside had zonder toestemming huizen gebouwd in strijd met een ontwerp dat opgenomen was in de overeenkomst. Wrotham Park Estate is een groot stuk land met meerdere eigenaren en Wrotham Park wilde de eenheid en daarmee de waarde van de grond behouden en vorderde primair amotie en subsidiair schadevergoeding. De rechtbank besloot niet tot afbraak van de huizen, omdat de waarde van de grond niet was aangetast. Toch zou een symbolisch geldbedrag geen recht doen aan de situatie en daarom besloot de rechtbank tot een schadevergoeding van 5% van de verwachte winst. Dit is het bedrag waarvoor de andere partij redelijkerwijs bereid was geweest om zijn wederpartij niet aan diens negatieve verplichting te houden. Lord Nicholls gebruikt de *Wrotham Park*-zaak om te illustreren dat in geval van wanprestatie of onrechtmatige daad het vergoeden van de schade niet altijd voldoende is. In bepaalde gevallen dient de schadevergoeding te worden vastgesteld aan de hand van het verkregen voordeel. De zaak *Attorney-General v. Blake* gaat echter een stap verder, nu wordt gevorderd alle winst af te nemen die Blake nog zal verkrijgen. Een dergelijke claim is

7 *Attorney-General v. Blake* [2001] 1 AC 268, p. 1 t/m 13.

8 *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v. Parkside Homes Ltd.* [1974] 1 WLR 798.

nooit eerder toegewezen bij contractbreuk. Toch vindt Lord Nicholls dat het onder omstandigheden mogelijk moet zijn om alle winst af te nemen, hij noemt dit *an account of profits*, maar dan de onconventionele variant. Hij ziet hierin een discretionaire bevoegdheid voor rechters, zoals ook het geval is bij een vordering tot nakoming. In de literatuur wordt aangevoerd dat *an account of profits* een probleem vormt voor de rechtszekerheid bij het sluiten van overeenkomsten tussen commerciële partijen, maar Lord Nicholls ziet geen reden om aan te nemen dat dit het geval zou zijn. De *account of profits* is namelijk alleen bedoeld voor uitzonderlijke gevallen.

Lord Nicholls vindt dat winstafdracht onder bepaalde omstandigheden de meest geschikte remedie is bij contractbreuk. Het moet gaan om uitzonderlijke omstandigheden, waarin gebruikelijke remedies als compenserende schadevergoeding, nakoming en een gerechtelijk bevel niet adequaat zijn. Specifieke regels wil hij niet geven, maar hij benadrukt dat de omstandigheden van het geval relevant zijn. Onder deze omstandigheden vallen in ieder geval het onderwerp van de overeenkomst, het doel van de geschonden contractuele verplichting, de omstandigheden waaronder de contractbreuk plaatsvond, de gevolgen van de contractbreuk en de omstandigheden waaronder de vergoeding wordt gevorderd. Daarbij geeft hij aan dat het nuttig is om te bezien of de eiser een legitiem belang heeft bij het voorkomen van de activiteit die ervoor zorgt dat de ander winst maakt en deze daarom zijn winst te ontfangen.

Ook herhaalt Lord Nicholls gedeeltelijk het oordeel van Lord Woolf van de Court of Appeal, die twee situaties noemt waarin restitutionary damages gepast zijn, omdat een compenserende schadevergoeding dan niet adequaat is. De eerste betreft de zogenaamde *skimped performance*, een onbehoorlijke vervulling van een verbintenis. De tweede categorie is de categorie waar Blake onder valt, die inhoudt dat precies gedaan wordt wat juist contractueel uitgesloten was. De laatste categorie vindt Lord Nicholls echter te ruim geformuleerd, omdat deze nu alle negatieve verplichtingen omvat.

Na deze algemene overwegingen gaat Lord Nicholls terug naar de zaak. Hij begint met het feit dat Blake bij zijn indiensttreding een geheimhoudingsverklaring heeft getekend. Deze luidt als volgt:

‘(...) I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased.’

Op grond van deze verklaring heeft de staat een legitiem belang om te voorkomen dat Blake profiteert van het onthullen van informatie. Bovendien zou er geen enkele financiële prikkel mogen bestaan voor leden van de geheime dienst om deze verklaring niet na te leven.

Lord Nicholls vindt de verklaring tot absolute geheimhouding begrijpelijk en oordeelt dat de verklaring de werking van de geheime dienst bevordert. Lord Nicholls verwijst ook naar een Amerikaanse zaak, waarin de feiten vergelijkbaar zijn.⁹ Een voormalig werknemer van de CIA schrijft een boek met informatie die niet meer geheim is en schendt daarmee zijn geheimhoudingsverklaring. De rechtbank kiest ervoor om een *constructive trust* te vestigen op de winst.¹⁰ Lord Nicholls ziet dit als een ander middel dan restitutionary damages tot hetzelfde doel. Hij komt tot de conclusie dat het beroep van Blake afgewezen moet worden en dat de royalty's verkregen door de publicatie van het boek aan de staat toekomen.

Lord Goff of Chieveley, Lord Browne-Wilkinson en Lord Steyn sluiten zich aan bij het oordeel van Lord Nicholls. Lord Hobhouse of Woodborough geeft een dissenting opinion ten aanzien van de privaatrechtelijke vordering. Hij heeft twee bezwaren tegen het toewijzen van restitutionary damages. Ten eerste vindt hij dat de feiten niet vragen om een privaatrechtelijke reactie. Restitutionary damages zouden een straffend karakter krijgen nu de vordering samenhangt met het criminele gedrag van Blake. Het tweede bezwaar heeft te maken met de conclusie van de andere Lords dat er een leemte in de wet is. Simpelweg een nieuwe remedie creëren, vindt Lord Hobhouse of Woodborough geen goede oplossing in dit geval. Ook is hij van mening dat een niet-compenserende schadevergoeding voor contractbreuk een ontwrichtend effect zal hebben op commerciële situaties.¹¹

Nu vier van de vijf Lords vóór het toewijzen van restitutionary damages zijn, wordt het beroep van Blake afgewezen. Blake moet het bedrag dat hij nog van zijn uitgever zal krijgen, afstaan aan de Attorney-General.

5.3 Voor- en nadelen

De aanpak van het House of Lords om restitutionary damages te aanvaarden bij contractbreuk is geprezen, maar ook bekritiseerd.¹² Hieronder zullen de

9 *Snepp v. United States* (1980) 444 U.S. 507.

10 Zie over deze figuur de bijdrage van R. A. Woutering.

11 *Attorney-General v. Blake* [2001] 1 AC 268, p. 13-21.

12 Bijvoorbeeld: D. Fox, 'Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract', *Cambridge law journal* 2001-60, p. 35, M. McInnes, 'Gain-based relief for breach of contract: Attorney-General v. Blake', *Canadian Business Law Journal*

voor- en nadelen van deze oplossing worden besproken en zal een afweging van de voor- en nadelen worden gemaakt.

Restitutionary damages voorzien in het geval dat een compenserende schadevergoeding geen zin heeft en vullen daarmee een leemte op die de compenserende schadevergoeding achterlaat voor gevallen waarin geen schade is geleden.¹³ Zonder een vorm van restitutionary damages lijkt het binnen het Nederlandse rechtssysteem niet mogelijk om schadevergoeding toe te kennen voor situaties waarin wordt geprofiteerd van wanprestatie, maar waarin de wederpartij geen schade lijdt. Net als in de zaak *Blake* moet gedacht worden aan gevallen waarin nakoming geen zin meer heeft, maar er tegelijkertijd geen schade bestaat. Ook situaties als in *Wrotham Park* waarin ondeugdelijk is nagekomen en er geen schade is, komen in aanmerking.¹⁴ In deze zaak maakte de projectontwikkelaar winst en hoewel het onredelijk was om hem alsnog tot nakoming te veroordelen, was het niet onredelijk om hem dit voordeel te ontnemen. Een ander voorbeeld is de zaak *Ruxley Electronics v. Forsyth*, waarbij overeengekomen was om een zwembad te maken met een bepaalde diepte.¹⁵ Forsyth wilde graag een diep zwembad zodat hij er voor zijn gevoel veilig in kon duiken. Het zwembad had niet de overeengekomen diepte, maar er kon veilig in worden gedoken en de waarde van het zwembad en van de onroerende zaak waarop het zwembad zich bevindt, was niet afgenomen. Er was dus sprake van wanprestatie zonder echte schade aan de zijde van de wederpartij. De leemte in de rechtshandhaving bestaat hier uit het feit dat er geen mogelijkheid bestaat tot een compenserende schadevergoeding. Restitutionary damages vervullen een vangnetfunctie voor bepaalde gevallen waarin door contractbreuk of door onrechtmatig handelen voordeel wordt behaald. Wanneer nakoming onmogelijk is, is compenserende schadevergoeding immers de aangewezen remedie. Restitutionary damages zijn pas mogelijk als ook een compenserende schadevergoeding onmogelijk is. Gevolg hiervan is dat het recht geëffectueerd wordt, omdat een rechtsmiddel wordt aangereikt aan een groep die anders geen mogelijkheden zou hebben. Een belangrijk voordeel van restitutionary damages is daarmee de preventieve werking.

Het preventieve effect zal er vooral uit bestaan dat men niet snel meer geneigd zal zijn om contractuele verplichtingen te schenden, omdat men niet

2001-35, p. 22, 23 en Z. Xia, 'Is the Law of Contract Seriously Defective if the Court is Unable to Reward Restitutionary Damages for Breach of Contract?', *Canadian Social Science* 2009-5, 45.

13 *Attorney-General v. Blake* [2001] 1 AC 268, p. 9.

14 *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v. Parkside Homes Ltd.* [1974] 1 WLR 798.

15 *Ruxley Electronics v. Forsyth* [1996] 1 A.C. 344.

meer kan weggkomen met het behaalde voordeel.¹⁶ Dit effect wordt in de common law evenwel als bezwaar ervaren. In de common law bestaat geen primair recht op nakoming. Het staat de rechter vrij om een vordering tot nakoming af te wijzen, ook als nakoming nog mogelijk is.¹⁷ Nakoming is dus geen recht in Engeland.¹⁸ Hierdoor ontstaat de mogelijkheid om wanprestatie te plegen, omdat er alleen een recht op schadevergoeding bestaat. Wanneer er omstandigheden zijn waarin niet-nakoming meer voordeel oplevert dan nakoming, is het economisch gezien efficiënter om niet te presteren dan om na te komen. Er is dan sprake van efficiënte wanprestatie.¹⁹ In de common law wordt het als een nadeel ervaren dat efficiënte wanprestatie niet langer zinvol is doordat het voordeel afgenomen zal worden. De redenen hiervoor zijn gelegen in de waarden van individuele vrijheid en autonomie.²⁰ Het Nederlandse rechtssysteem kent wel een recht op nakoming²¹ dat voorgaat op het recht op schadevergoeding waardoor de individuele vrijheid en autonomie dan ook niet worden aangetast. Naast het recht op nakoming zullen restitutionary damages daarom een extra stimulans tot naleving van contracten vormen.

Een ander voordeel is dat restitutionary damages zorgen voor een toename van rechtszekerheid. Doordat partijen een stimulans krijgen om het contract na te komen, zal dit ten goede komen aan de rechtszekerheid.²² Partijen zullen vanwege de mogelijke consequenties eerder het contract naleven nu dit ook economisch gezien gunstiger zal zijn. Het heeft immers weinig zin om veel moeite te doen om een betere overeenkomst te sluiten en bestaande contractuele verplichtingen te ontgaan, wanneer het voordeel dat behaald kan worden met de nieuwe overeenkomst vervolgens weer wordt afgenomen. Edelman is echter van mening dat restitutionary damages voor onzekerheid zorgen. Een van de partijen zou namelijk geconfronteerd kunnen worden met een (mogelijk aanzienlijke) schadevergoedingsplicht

16 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 83.

17 *Stickey v. Keeble* [1915] AC 386 in 419.

18 In tegenstelling tot schadevergoeding: E. Peel, *The Law of Contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2007, nr. 20-002.

19 D. Friedmann, 'The Efficient Breach Fallacy', *Journal of Legal Studies* 1989-1, p. 3 en L. Visscher, 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', *NTBR* 2007, p. 9.

20 S. Worthington, R. Goode, 'Commercial Law: Confining the Remedial Boundaries', in: D. Hayton, *Law's Future(s): British Legal Developments in the 21st Century*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2000, p. 289, 290.

21 Art. 3:296 BW.

22 D. Fox, 'Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract', *Cambridge law journal* 2001-60, p. 33.

waardoor commerciële partijen minder snel een contract zullen sluiten.²³ Onzekerheid over de hoogte van een schadevergoedingsplicht is echter niet te verwachten, omdat alleen het voordeel wordt afgenomen. In de zaak *Blake* wist Blake op voorhand precies wat de restitutionary damages zouden bedragen, omdat de uitgever hem op grond van een contract vastgestelde bedragen uitkeerde. Hij kende de hoogte van de bedragen van tevoren en wist dus ook hoeveel voordeel hij zou behalen.

Aan de andere kant kleeft aan restitutionary damages een bezwaar dat ook voor het Nederlandse systeem geldt. Er is kritiek geleverd op de wijze waarop restitutionary damages gehanteerd worden. Lord Nicholls stelde als eis dat de compenserende schadevergoeding niet adequaat is in het betreffende geval. Op dit vereiste wordt kritiek geleverd door Doyle en Wright, die menen dat dit vereiste onduidelijk is en voor rechtsonzekerheid zorgt.²⁴ Lord Nicholls heeft echter aangegeven dat het moet gaan om uitzonderlijke omstandigheden. Ik denk daarom dat het vereiste van het niet adequaat zijn van de compenserende schadevergoeding niet ruim mag worden opgevat. Het gaat om gevallen waarin geen schade wordt geleden, maar wel wordt geprofiteerd van de contractbreuk. Het gaat echt om de gevallen waarin de compenserende schadevergoeding simpelweg niet mogelijk is en er dus anders geen adequate remedie zou bestaan. Waarschijnlijk heeft Lord Nicholls bedoeld dat een compenserende schadevergoeding geen recht kan doen aan de omstandigheden van het geval, omdat er geen schadevergoeding toegekend kan worden. Onduidelijkheid in het vereiste van niet adequaat zijn, zie ik dan ook niet.

Al met al ben ik van mening dat restitutionary damages in Nederland een positief effect zouden hebben. Restitutionary damages zouden nakoming van overeenkomsten bevorderen en daarmee ook de rechtszekerheid. Bovendien zouden restitutionary damages kunnen voorkomen dat iemand wegbloot met contractbreuk, alleen omdat er geen schade is. De kritiek die in de common law is gegeven, geldt voor het grootste gedeelte niet voor ons rechtssysteem of is relatief eenvoudig op te lossen. Zo is het niet te verwachten dat commerciële partijen minder contracten zullen sluiten. Alleen het argument dat het vereiste van niet adequaat zijn van de compenserende schadevergoeding van Lord Nicholls onduidelijk is, zal bij ons eveneens gelden. Het vereiste zou ook hier voor onduidelijkheid kunnen zorgen, omdat 'niet adequaat zijn' nu eenmaal een open term is. Uit het oordeel van

23 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 170.

24 S. Doyle & D. Wright, 'Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?', *Melbourne University Law Review* 2001, p. 25.

Lord Nicholls blijkt in ieder geval dat het moet gaan om uitzonderlijke omstandigheden en dat een compenserende schadevergoeding niet mogelijk is of onvoldoende recht doet aan de situatie. Dit bezwaar kan naar mijn mening echter niet opwegen tegen de voordelen en lijkt mij onvoldoende reden om restitutionary damages bij wanprestatie niet toe te kennen in Nederland.

5.4 Nederlandse mogelijkheden

5.4.1 *Wanprestatie en onrechtmatige daad*

Het Nederlandse recht lijkt verschillende mogelijkheden te bieden om restitutionary damages in te passen. Eerst wordt bekeken of artikel 6:74 BW hier geschikt voor is. Aan de vereisten van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en het kunnen toerekenen van deze tekortkoming kan worden voldaan. Restitutionary damages worden toegepast in het geval waarin er geen schade is geleden waardoor het vereiste van schade een probleem vormt. Omdat er geen schade is, kan er ook geen causaal verband bestaan tussen de tekortkoming en de schade. Wel is er een causaal verband tussen het behalen van voordeel en de wanprestatie. Vanwege het ontbreken van schade lijkt artikel 6:74 BW ongeschikt. Voor restitutionary damages buiten het contractenrecht moet gekeken worden in artikel 6:162 BW, waarbij zich hetzelfde probleem van het vereiste van schade voordoet.

Toepassing van deze artikelen zou alleen mogelijk zijn door een ruimere interpretatie van het vereiste van schade of door het achterwege laten van dat vereiste. Een ruimere interpretatie in de zaak Blake zou tot het volgende kunnen leiden. In de zaak van Blake is geoordeeld dat het Verenigd Koninkrijk geen schade heeft geleden omdat de informatie in het boek van Blake niet langer vertrouwelijk of schadelijk voor het algemeen belang is. De informatie is dus niet van de staat en ook het recht om de informatie te publiceren is geen exclusief recht van de staat. Volgens de rechters heeft de gepubliceerde informatie geen waarde vanwege de openbaarheid en onschadelijkheid van de informatie en lijdt de staat derhalve geen schade. Er kan echter gesteld worden dat Blake als voormalig werknemer zijn recht om informatie te publiceren als het ware heeft overgedragen aan de staat toen hij de geheimhoudingsverklaring tekende. Er kan nu beargumenteerd worden dat er wel schade is, omdat het Verenigd Koninkrijk geen toestemming heeft gegeven om de informatie te publiceren. Blake heeft hierdoor het recht van het Verenigd Koninkrijk om toestemming te geven voor de publicatie geschonden. Wanneer daar geen sanctie op bestaat, zullen ook andere (voormalige) werknemers van de geheime dienst tot publicatie over

kunnen gaan. Dit is een ongewenst signaal dat bovendien schadelijk is voor de werking van de geheime dienst, omdat het vertrouwelijk blijven van informatie essentieel is, of dit nu tussen werknemers onderling is of tussen een werknemer en een informant.²⁵ Zo bezien lijdt de staat schade in de vorm van reputatieschade en passen restitutionary damages in artikel 6:74 BW.

5.4.2 *Winstafdracht*

Hoewel de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW ervan uitgaan dat de omvang van de schadevergoeding gelijk is aan de omvang van de schade, biedt artikel 6:104 BW de mogelijkheid dat voor de vaststelling van die omvang wordt gekeken naar de genoten winst. De rechter heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het artikel bestemd is voor gevallen waarin bewijsproblemen bestaan bij het vaststellen van de schade. De achterliggende gedachte bij het artikel is dat niet geprofiteerd mag worden van een onrechtmatige daad of wanprestatie.²⁶ Dit is ook de bedoeling van restitutionary damages.

Evenals de artikelen 6:74 en 6:162 BW vereist artikel 6:104 BW dat er schade is geleden. Een oplossing voor dit vereiste zou gevonden kunnen worden in abstractie. Bij het berekenen van de schadevergoeding zou de rechter kunnen abstraheren van het feit dat er geen schade is geleden. Het voordeel van deze methode is dat gekeken wordt naar doelmatigheid en redelijkheid bij het vaststellen van de schadevergoeding. Daartoe heeft de Hoge Raad in het schadevergoedingsrecht al vaker abstracties aangewend.

De Hoge Raad heeft abstractie op het gebied van letsel- en overlijdensschade mogelijk geacht. In de zaak *Johanna Kruidhof* ging het om een vergoeding voor de vrije tijd die de ouders hadden besteed aan de verzorging van hun kind na een ernstig ongeval. De Hoge Raad oordeelde:

‘De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee dat het de rechter vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door dergelijke hulpverleners worden vervuld (...)’

en:

25 *Attorney-General v. Blake* [2001] 1 AC 268, p. 11.

26 Parl. Gesch. Boek 6, Inv., p. 1269.

‘Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.’²⁷

Er wordt hier geabstraheerd van de omstandigheid dat de ouders feitelijk geen kosten hebben gemaakt door niet voor professionele hulp te kiezen. Het is mogelijk om schadevergoeding toe te kennen wanneer er geen kosten zijn gemaakt en er dus geen schade is geleden. Uit het arrest volgt daarnaast dat de rechter de mogelijkheid heeft om de schadevergoeding op de hoogte van de besparing vast te stellen. Bij restitutionary damages kan het voordeel ook bestaan uit een besparing en zou een abstractie uitkomst kunnen bieden om de vergoeding toe te kunnen wijzen. Als voorbeeld van een besparing noemt Edelman het geval waarin iemand onrechtmatig gebruikmaakt van een haven om zijn schip voor anker te leggen. De eigenaar van het schip heeft geld bespaard, omdat hij kosteloos in de haven kon liggen. De haven is geld misgelopen, maar heeft geen schade geleden wanneer de havenplaats leeg was gebleven.²⁸ Er kan nu geabstraheerd worden van het feit dat er geen schade is geleden om restitutionary damages toe te kunnen wijzen. De Hoge Raad heeft de mogelijkheid van abstractie bij letsel- en overlijdensschade inmiddels in verschillende arresten bevestigd. In het arrest *Bakkum/Achmea* oordeelde de Hoge Raad dat wat betreft de kosten van huishoudelijke hulp geabstraheerd kan worden van de omstandigheid dat de overblijvende ouder na het overlijden van de partner mogelijk hertrouwt of zal gaan samenwonen.²⁹ In een ander arrest met betrekking tot huishoudelijke kosten werd geabstraheerd van het feit of deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt.³⁰

Klaassen is echter van mening dat geen schadevergoeding kan worden toegerekend wanneer niet aannemelijk wordt gemaakt dat er kosten gemaakt zullen worden.³¹ Zij stelt daarmee dat abstractie niet kan worden gebruikt als er geen schade is geleden. De jurisprudentie met betrekking tot artikel 6:104 BW heeft haar gelijk gegeven. In *Waeyen/Naus* besliste de Hoge Raad dat bij toepassing van artikel 6:104 BW kan worden ‘geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan’.³² De Hoge Raad oordeelde ook dat: ‘(...) zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval in

27 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*).

28 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 81.

29 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*).

30 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387 (*Rijnstate/Reuvers*).

31 Als reactie op een vergelijkbaar eerder gewezen arrest: C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007, p. 14.

32 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (*Waeyen/Naus*) m.nt. C.J.H. Brunner.

het geheel geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van art. 6:104 is afgesneden. In een tweetal zeer recente arresten van de Hoge Raad over de toepassing van artikel 6:104 BW wordt nog eens benadrukt dat er geen concreet nadeel door de benadeelde hoeft te worden aangetoond. Maar ook wordt geoordeeld dat: *‘(...) de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan.*’³³ De rechter kan dus abstraheren van de omstandigheid of concreet nadeel ontstaan is, maar in het geval dat vaststaat dat er in het geheel geen schade is geleden, biedt artikel 6:104 BW geen soelaas.

In de literatuur wordt het arrest *Waeyen/Naus* veelal gezien als een beperking van artikel 6:104 BW die tot onredelijke resultaten kan leiden,³⁴ maar bijvoorbeeld Linssen ziet de uitleg van de Hoge Raad juist als ‘het maximaal haalbare’. Dit komt door het karakter van het artikel als manier van schadebegroting. Hij is van mening dat de rechter door het arrest een grote vrijheid in het begroten van de schade heeft gekregen.³⁵ Bij restitutionary damages gaat het juist om gevallen waarin geen schade is geleden, waardoor een compenserende schadevergoeding onmogelijk is. Voor de verkrijging van restitutionary damages met toepassing van artikel 6:104 BW dient dus een wetswijziging te komen ten aanzien van het schadevereiste. Er zou dan duidelijk gemaakt moeten worden dat artikel 6:104 BW ook bedoeld is voor gevallen waarin geen schade is geleden.

5.4.3 Ongerechtvaardigde verrijking

Een andere mogelijkheid lijkt toepassing van ongerechtvaardigde verrijking.³⁶ Het vereiste van verrijking komt bij restitutionary damages terug in het feit dat er winst genoten moet zijn en dat ook een besparing hieronder valt. Restitutionary damages zijn echter niet goed bij artikel 6:212 BW onder te brengen vanwege het vereiste van verarming. Verder dient er een causaal verband te bestaan tussen de gebeurtenis van de verrijking en de verarming. Bij restitutionary damages zal een causaal verband dienen te bestaan tussen de wanprestatie en de verrijking. Tot slot dient de verrijking ongerechtvaardigd te zijn.³⁷ De ongerechtvaardigdheid ligt bij

33 HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 en HR 18 juni 2010, *LJN* BL9662.

34 J.B.M. Vranken, ‘De strijd om het nieuwe verrijkingsrecht. Literatuur versus rechtspraak’, *NJB* 1998-33, p. 1503.

35 J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 381.

36 Zie uitgebreid: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 339-344.

37 HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 172.

restitutionary damages in het feit dat geprofiteerd wordt van wanprestatie of van een onrechtmatige daad. Naast de vier bovenstaande vereisten is het van belang dat de verrijking aan de verrijkte kan worden toegerekend. Dit vereiste volgt uit lid 2 van artikel 6:212 BW. De verarmde moet dus geen onnodig risico hebben genomen.³⁸ Uiteraard geldt dit vereiste ook bij restitutionary damages.

Aan het vereiste van verarming dat artikel 6:212 BW bevat, kan niet worden voldaan. Om aan het vereiste te kunnen voldoen, dient een afname van activa of een toename van passiva te hebben plaatsgevonden. De verarming hoeft niet gelijk te zijn aan de verrijking, omdat de kosten voor beide partijen verschillend kunnen zijn.³⁹ Het probleem zit in de berekening van de schadevergoeding volgens het zogenaamde 'dubbele plafond'. Dit houdt in dat zowel de verarming als de verrijking de maximale hoogte van de vergoeding bepalen.⁴⁰ De vergoeding dient daarbij ook redelijk te zijn. Het vereiste van redelijkheid geldt enerzijds om te voorkomen dat ongewenste verrijkingen worden aangebracht en daar later een vergoeding voor betaald dient te worden. Anderzijds ziet het op het feit dat een andere vorm van schadevergoeding dan in geld passend(er) kan zijn.⁴¹ In het hanteren van het plafond van de verarming verschilt de figuur van ongerechtvaardigde verrijking met restitutionary damages, waarbij het mogelijk is schadevergoeding te verkrijgen zonder enige verarming. De eis van verarming is daarmee een schadevereiste, net als in artikel 6:104 BW. Zonder een verarming kan geen schadevergoeding worden toegewezen op grond van ongerechtvaardigde verrijking net zoals zonder schade artikel 6:104 BW niet toegepast kan worden.

In de literatuur is door een aantal schrijvers kritiek gegeven op het vereiste van de verarming. Zo vindt Linssen dat de 'schade-eis' in zijn geheel dient te worden afgeschaft. Hij is van mening dat deze eis tot onredelijke resultaten kan leiden wanneer de verrijking groter is dan de verarming. Liever zou hij zien dat de nadruk kwam te liggen op het ongedaan maken van de verrijking. Hij geeft aan dat de functie van het verrijgingsrecht en die van het schadevergoedingsrecht verschillen. Bij het schadevergoedingsrecht gaat het om de vermogenspositie van de schuldeiser en het opheffen van

38 Vergelijk HR 30 juni 1995, NJ 1995, 707.

39 Zie het voorbeeld dat Vriesendorp geeft over de waarde van een exemplaar dat een verzameling compleet maakt en de waarde van het exemplaar op zich: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 339.

40 J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 479.

41 Parl. Gesch. Boek 6, Inv., p. 831.

zijn nadeel. Bij het verrijktingsrecht daarentegen, ligt de nadruk op de vermogenspositie van de schuldenaar en het voordeel dat hij onterecht heeft verkregen. De schade-eis verstoort het karakter van het verrijktingsrecht door zich te concentreren op de positie van de schuldenaar. Wanneer de verrijking (en dus niet de verarming) centraal zou staan, zou de regeling gericht zijn op het teruggeven of afgeven van goederen die objectief gezien niet toebehoren aan de schuldenaar. Het is dan ook mogelijk dat een hoger bedrag wordt toegewezen dan de schade. Ook wijst hij op het feit dat de schade-eis uitdrukkelijk verworpen is in het Duitse, Amerikaanse en Engelse recht.⁴²

Van Boom gaat minder ver dan Linssen en vindt afschaffing van de schade-eis niet nodig, maar pleit voor een ander gebruik van het vereiste. Hij ziet echter wel een probleem in het feit dat de omvang van de verarming de maximale schadevergoeding zal bedragen, terwijl de verrijking groter geweest kan zijn. Hij stuit daarbij op twee tegenstrijdige beginselen. Aan de ene kant mag een benadeelde niet beter worden van zijn schadevergoedingsactie, maar aan de andere kant mag een aansprakelijke niet profiteren van zijn onrechtmatige daad. Net als Linssen vindt Van Boom dat te veel aandacht uitgaat naar het schadevergoedingskarakter. Hij stelt voor om het schadevereiste ruimer te interpreteren en meer naar het concrete geval te kijken. Bij de keuze voor de verrijktingsafdracht is het belangrijk of de overtreden norm tegen de verrijking beoogde te beschermen. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een werknemer van een groot bedrijf die in de avonduren 'bijklust' voor particulieren. Er moet gekeken worden naar de ratio van het geldende concurrentiebeding. Het beding beschermt niet tegen werkzaamheden voor particulieren en de verrijktingsafdracht is daarom geen goede maatregel. Beoogde de norm wel te beschermen tegen de verrijking, dan kan het onder bepaalde omstandigheden ook leiden tot afdracht van meer dan de schade aan de zijde van de verarmde.⁴³

Zowel de aanpassing van Linssen als de aanpassingen van Van Boom maken het beter mogelijk om op grond van artikel 6:212 BW restitutionary damages toe te wijzen. Het voorstel van Linssen doordat hij het vereiste van schade wegneemt, waardoor restitutionary damages probleemloos binnen de vereisten van het artikel passen. Het voorstel van Van Boom om het begrip schade ruimer te interpreteren en naar de omstandigheden van het geval te kijken, maken restitutionary damages in principe ook mogelijk.

42 J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 486, 493, 494.

43 W.H. van Boom, M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*. Preadviezen Ver. Burgerlijk recht 2002. Deventer: Kluwer, p. 80-83.

Bij het berekenen van de schadevergoeding zou de rechter dan moeten abstraheren van het feit dat er geen schade is geleden. Nu de Hoge Raad bij artikel 6:104 BW niet wil abstraheren van de omstandigheid dat er in het geheel geen schade is geleden, zal hij dit in het kader van artikel 6:212 BW waarschijnlijk ook niet willen doen. Bovendien betreffen restitutionary damages alleen gevallen van wanprestatie en onrechtmatige daad en ligt artikel 6:212 BW daarom ook niet voor de hand als grondslag voor restitutionary damages. Restitutionary damages zijn dus niet mogelijk op basis van ongerechtvaardigde verrijking.

5.4.4 *Gevreesd effect restitutionary damages*

Naast de genoemde voor- en nadelen uit paragraaf 5.3, bestaat er nog een bezwaar tegen restitutionary damages. Restitutionary damages zouden ertoe leiden dat de benadeelde bij contracten die strekken tot koop van goederen of diensten niet snel meer geneigd zal zijn om een goedkope vervanging te zoeken voor het product of de prestatie die hij zou verkrijgen. Hij is er immers zeker van dat hij de winst van het originele product zal verkrijgen, wat er ook met de marktprijs van het product gebeurt.⁴⁴ Gevreesd wordt dus dat er geen schadebeperkende maatregelen genomen zullen worden. In Nederland wordt dit bezwaar op twee wijzen ondervangen. Ten eerste kan dit bezwaar worden gerelativeerd voor het Nederlandse recht, omdat primair moet worden nagekomen en de wederpartij dus het product of de dienst moet leveren. Heeft degene die bijvoorbeeld een partij bloemen moet leveren deze verkocht aan een ander, dan moet hij een vervangende partij leveren om nog te kunnen nakomen. Daarnaast kan dit bezwaar weggenomen worden met behulp van artikel 6:101 BW. Dit artikel omvat een schadebeperkingsplicht voor de benadeelde, waaronder ook het zoeken van een vervanging kan vallen.⁴⁵ De schadebeperkingsplicht kent als maatstaf datgene wat redelijkerwijs van iemand verwacht mag worden.⁴⁶ Laat hij dit na, dan zal het ontbreken van het nemen van schadebeperkende maatregelen worden aangerekend als eigen schuld en zullen de restitutionary damages vervolgens lager zijn. De eiser zal in dat geval dus worden aangespoord om een goedkope vervanging te zoeken.

44 J. Edelman, *Gain-based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2002, p. 171.

45 Zie bijvoorbeeld het niet gepubliceerde arrest *Lefers/Van Kessel* besproken in: A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van schade* (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 2003, p. 183-185.

46 Zie C. Asser, A.S. Hartkamp, C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht I, De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 126.

5.5 Conclusie

Terug naar de onderzoeksvraag: hoe zou over een zaak als die van het House of Lords in de zaak *Attorney General v. Blake* naar Nederlands recht worden beslist? Is het mogelijk om in een vergelijkbare zaak de winst af te nemen en op welke grond zou dat kunnen?

Na verschillende rechtsfiguren te hebben bekeken, denk ik niet dat restitutionary damages mogelijk zijn via een al bestaande rechtsfiguur. De genoemde mogelijkheden om restitutionary damages in te kunnen passen hebben met elkaar gemeen dat het probleem telkens bij het vereiste van schade ligt. Bij de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW ligt deze schade-eis in de tekst van het artikel, zoals ook bij artikel 6:104 BW en bij artikel 6:212 BW is het vereiste van verarming het probleem.

Vanwege het arrest *Waeyen/Naus* en de twee recente arresten over de toepassing van artikel 6:104 BW, is een vordering gebaseerd op artikel 6:74 BW of op artikel 6:162 BW niet mogelijk. De Hoge Raad heeft aangegeven dat hij niet bereid is om volledig te abstraheren van het bestaan van schade en daarmee zijn restitutionary damages via deze weg onmogelijk.

Vanwege het vereiste van verarming in artikel 6:212 BW kan ongerechtvaardigde verrijking niet de grondslag zijn. Abstractie zal geen uitkomst bieden, omdat het hoogst onwaarschijnlijk is dat de Hoge Raad bij de toepassing van artikel 6:212 BW zal abstraheren van het bestaan van schade, aangezien hij hiertoe ook niet bereid is bij artikel 6:104 BW. Daarbij is het niet alleen onmogelijk om restitutionary damages toe te wijzen op grond van artikel 6:212 BW, maar is het ook geen voor de hand liggende grondslag. Restitutionary damages zien namelijk alleen op gevallen waarin sprake is van opzettelijke wanprestatie en onrechtmatige daad.

Het antwoord op de onderzoeksvraag luidt dan ook dat in een vergelijkbare zaak als de zaak *Blake* de winst niet afgenomen kan worden. Vorderingen gebaseerd op wanprestatie, onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking zullen stranden op het vereiste van schade en de wanprestant zal de winst kunnen behouden. Dit resultaat vind ik onwenselijk. Zeker gezien de voordelen van restitutionary damages moet het mogelijk zijn om in een vergelijkbare zaak de winst te kunnen ontnemen. Zo wordt de naleving van contracten gestimuleerd en bieden ze een oplossing voor gevallen waarin wordt geprofiteerd van wanprestatie, maar waarin geen schade is geleden. Het zou daarom goed zijn als restitutionary damages niet alleen binnen de common law, maar ook binnen het Nederlandse recht mogelijk zijn.

De beste oplossing lijkt mij om een extra lid toe te voegen aan de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW. Dit lid zal gelden als uitzondering op het eerste lid van deze artikelen en een verplichting tot schadevergoeding inhouden voor het geval waarin iemand profiteert van het feit dat hij wanprestatie pleegt of onrechtmatig handelt, maar de wederpartij geen schade lijdt. Op het vereiste van schade na, dienen de overige vereisten van deze artikelen te blijven gelden. Het causaal verband dient te bestaan tussen het behalen van voordeel en de wanprestatie of onrechtmatige daad. Op deze wijze blijft een compenserende schadevergoeding de hoofdregel en kan winst ontnomen worden van de opzettelijke wanprestant. Aldus wordt een rake remedie gecreëerd waar deze nu (nog) niet bestaat.

VI De verplichting tot dooronderhandelen

D. de Boer

Partijen zijn in de onderhandelingsfase verplicht om de wederzijdse belangen in acht te nemen. Het eenzijdig afbreken van de onderhandelingen kan onder omstandigheden onaanvaardbaar zijn. Een mogelijke remedie bij het onaanvaardbaar afbreken is de veroordeling tot dooronderhandelen. In deze bijdrage staat de vraag centraal op welke wijze de verplichting tot dooronderhandelen geëffectueerd kan worden. De veroordeling tot dooronderhandelen kan gebaseerd worden op de redelijkheid en billijkheid of op artikel 6:162 BW. Het doel van de veroordeling is dat partijen op redelijke wijze onderhandelen en rekening houden met de wederzijdse belangen. Zij moeten zich redelijk, reëel en open opstellen. De hoofdveroordeling bestaat uit een bevel tot het voeren van redelijke onderhandelingen of uit een verbod om met derden te onderhandelen (art. 3:296 BW). Het enkele opleggen van een verbod of bevel is echter ontoereikend om het doel van de veroordeling te bereiken. Om de veroordeling tot dooronderhandelen kracht bij te zetten, kan de rechter een dwangmiddel aan de hoofdveroordeling verbinden. Het inschakelen van een mediator zou ook een mogelijkheid kunnen zijn. Deze optie wordt in deze bijdrage onderzocht. Geconcludeerd wordt dat mediation een goed alternatief is om de verplichting tot dooronderhandelen te effectueren en zelfs verkozen moet worden boven de dwangsom.

6.1 Inleiding

Voordat partijen een contract sluiten, vindt er vaak een (lang) proces van onderhandelingen plaats. Dit proces is gericht op marktverkenning, waarbij partijen kunnen beslissen met wie ze in zee willen gaan en onder welke voorwaarden. Uit de jurisprudentie volgt dat partijen bij het onderhandelen verplicht zijn om rekening te houden met elkaars wederzijdse belangen.¹ Dit houdt onder meer in dat zij onder bepaalde omstandigheden de onderhandelingen niet zomaar mogen afbreken. Indien de rechter oordeelt dat een partij de onderhandelingen onaanvaardbaar heeft afgebroken, kan hij partijen veroordelen om opnieuw in onderhandeling te treden. Over deze remedie gaat mijn bijdrage.

1 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

In het privaatrecht staat nakoming van de oorspronkelijke prestatie als remedie voorop.

Bij weigering om de prestatie na te komen, kan de benadeelde partij haar wederpartij in rechte tot nakoming dwingen via een bevel of een verbod (art. 3:296 BW). Indien de verschuldigde prestatie alsnog uitblijft, is de benadeelde partij op schadevergoeding aangewezen.²

De veroordeling tot dooronderhandelen past binnen de sfeer van nakoming van de oorspronkelijke prestatie. Partijen waren verplicht om op een redelijke wijze te onderhandelen en de belangen van hun wederpartij in acht te nemen, maar hebben dit nagelaten door het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen. Door de veroordeling tot dooronderhandelen worden partijen verplicht om met elkaar verder te gaan en nu wel elkaars belangen in acht te nemen.

Het doel van de remedie is dat de partijen zich redelijk opstellen en dat zij rekening houden met de wederzijdse belangen. Ik vraag me echter af of dit doel in de praktijk bereikt wordt. Enerzijds hebben partijen bewust gekozen om in onderhandeling te treden en hadden ze de intentie om een overeenkomst te sluiten, getuige de fase waarin de onderhandelingen zich bevonden. Anderzijds wordt door de veroordeling tot dooronderhandelen één van de partijen tegen haar zin verplicht om te onderhandelen, terwijl zij de onderhandelingen niet voor niets zal hebben afgebroken. Ik zou daarom willen onderzoeken in hoeverre en op welke wijze het doel van de veroordeling bereikt kan worden. Om het doel te bereiken en zodoende de remedie raak te laten zijn, moeten partijen ‘gedwongen’ kunnen worden om serieus te onderhandelen. De vraag die in mijn bijdrage centraal staat, is op welke wijze de verplichting tot dooronderhandelen het best geëffectueerd kan worden.

Om die vraag te beantwoorden bespreek ik in paragraaf 2 eerst de verplichtingen in de precontractuele fase. In paragraaf 3 ga ik in op de vraag wanneer de veroordeling tot dooronderhandelen opgelegd kan worden. Daarna behandel ik in paragraaf 4 de effectiviteit van de veroordeling tot dooronderhandelen. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf 5 verschillende wijzen waarop de veroordeling tot dooronderhandelen geëffectueerd kan worden. Ten slotte formuleer ik in paragraaf 6 mijn conclusie.

2 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 380.

6.2 De verplichting tot dooronderhandelen in de precontractuele fase

Het uitgangspunt bij het voeren van onderhandelingen was lange tijd dat partijen te allen tijde vrij zijn om de onderhandelingen eenzijdig af te breken.³ De contractsvrijheid brengt niet alleen met zich mee dat men vrij is om te onderhandelen en contracteren met wie men wil, over wat men wil en wanneer men wil (positieve contractsvrijheid), maar ook dat men vrij is om de onderhandelingen af te breken, indien men dat wil (negatieve contractsvrijheid).⁴ Indien een partij ontdekt dat een bepaalde prestatie of dienst elders goedkoper, beter of sneller te krijgen is, moet zij de onderhandelingen kunnen afbreken. De onderhandelingsfase is er immers juist op gericht om te achterhalen wie van de gegadigden de beste aanbieding kan doen.⁵ Dit uitgangspunt is inmiddels genuanceerd door de Hoge Raad.

Partijen staan in de onderhandelingsfase ‘in een bijzondere door de goede trouw beheerste rechtsverhouding’ tot elkaar. Zij moeten rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij en hun gedrag hierop afstemmen.⁶ Redelijkheid en billijkheid brengen met zich mee dat partijen niet altijd vrij zijn om de onderhandelingen af te breken.⁷ Er kunnen twee situaties onderscheiden worden. In de eerste situatie staat contractsvrijheid voorop; de partijen zijn vrij om de onderhandelingen eenzijdig af te breken. In de tweede situatie is het eenzijdig afbreken van onderhandelingen zonder gepronede reden onaanvaardbaar.⁸

Uit de rechtspraak met betrekking tot de precontractuele fase kan afgeleid worden dat het op een bepaald moment onaanvaardbaar is om de onderhandelingen zonder meer af te breken. Partijen zijn vanaf dat moment verplicht om te blijven onderhandelen. Uit het *Plas/Valburg*-arrest volgt dat dit het moment is waarop partijen ‘over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren.’

3 HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 (*Van Oosterom/Majoor*); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (*VSH/Shell*); HR 8 april 2005, NJ 2005, 482 (*Apothekers/Agis*); HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*).

4 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 41.

5 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 193.

6 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

7 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 52.

8 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 56, 57.

De Hoge Raad gaat zodoende uit van ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’.⁹ Het ontstaan van dit vertrouwen hoeft niet gelijk te lopen met de duur van het onderhandelingsproces.¹⁰ Er moet wel bedacht worden dat gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen slechts een minimumeis is voor het onaanvaardbaar afbreken van onderhandelingen.¹¹

Er is sprake van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, indien een fase is aangebroken

‘waarin het aantal van of de aard van de nog te regelen punten ter bereiking van algehele overeenstemming zo gering is of van zo ondergeschikte betekenis in verhouding tot het geheel, dat verdedigbaar is dat de door partijen in acht te nemen regels van de goede trouw worden geschonden, indien één der partijen zich in die fase terugtrekt zonder bereid te zijn de punten, waarover nog geen overeenstemming is bereikt, in redelijk overleg tot een oplossing te brengen.’¹²

Gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen kan tevens ontstaan door ‘andere omstandigheden’ dan de situatie zoals geformuleerd in het *VSH/Shell*-arrest. Het kan daarbij gaan om: het maatschappelijke belang dat met de totstandkoming van de overeenkomst is gemoeid, bijvoorbeeld bij cao-onderhandelingen, de belangen van de wederpartij bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel, verplichtingen tot onderhandelen die uit andere rechtsverhoudingen voortvloeien of bedongen verplichtingen tot onderhandelen.¹³ Er kan geconcludeerd worden dat de onderhandelingen niet langer afgebroken mogen worden, indien partijen elkaar zodanig dicht zijn genaderd dat een van de partijen redelijkerwijs mocht aannemen dat zij een overeenkomst zouden sluiten.

Indien de onderhandelingen dan niettemin worden afgebroken, kan de afbrekende partij tot nakoming van de oorspronkelijke prestatie worden gedwongen (art. 3:296 BW). Dit houdt in dat zij veroordeeld kan worden om opnieuw in onderhandeling te treden met de wederpartij. In de rechtspraak en literatuur is een bevel tot dooronderhandelen bij onaanvaardbaar afgebroken onderhandelingen aanvaard. Dit bevel kan gegeven worden in

9 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

10 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (*Combinatie/De Staat*).

11 Uit het arrest HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*MBO/De Ruiters*) volgt dat er ook rekening moet worden gehouden met ‘de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij’.

12 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 (*VSH/Shell*).

13 Parl. Gesch. Boek 6 Inv. MvA II, p. 1440, 1442.

de vorm van een gebod of in de vorm van een verbod (bijvoorbeeld om met derden te onderhandelen).¹⁴ Indien nakoming alsnog uitblijft, kan de benadeelde partij slechts schadevergoeding vorderen.¹⁵

De verplichting tot dooronderhandelen werd voor het eerst erkend in het arrest *Huurdervereniging Koot B.V./Handelsonderneming Koot B.V.* De Hoge Raad oordeelde dat:

‘het feit dat partijen nog verdeeld zijn over de concrete resultaten, waartoe de overeenkomst moet leiden, niet uitsluit dat zij tegenover elkaar verplicht zijn om met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid en de goede trouw ertoe mede te werken dat deze afspraken in overeenstemming met tot wat reeds is overeengekomen tot volkomenheid wordt gebracht.’¹⁶

De grondslag van de veroordeling tot dooronderhandelen kan, zo volgt uit het arrest *Huurdervereniging Koot B.V./Handelsonderneming Koot B.V.*, gevonden worden in de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW. Dit artikel is toepasselijk, indien partijen elkaar zodanig dicht zijn genaderd dat het sluiten van een overeenkomst nabij is.¹⁷ Schending van de precontractuele verplichtingen kan gesanctioneerd worden via artikel 6:162 BW, zo blijkt uit de *Effectenlease*-arresten.¹⁸ Het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen is in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.¹⁹ Op grond van de artikelen 6:2 BW of 6:162 BW jo. 3:296 BW kan een verbod of bevel gevorderd worden. Het dooronderhandelen kan afgedwongen worden door middel van een voorlopige voorziening in kort geding of door het vorderen van schadevergoeding in de vorm van herstel in de rechtmatige toestand.²⁰

14 H.J. de Kluiver, ‘Plas/Valburg. Afgebroken onderhandelingen: een terugblik op twintig jaar rechtsontwikkeling’, *NTBR* 2002/6, p. 242.

15 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 380.

16 HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 (*Huurdersvereniging Koot BV/Handelsonderneming Koot BV*).

17 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 205.

18 HR 5 juni 2009, LJN BH2811, HR 5 juni 2009, LJN BH2815 en HR 5 juni 2009, LJN BH2822 (*Effectenlease-arresten*).

19 C. Bollen, ‘Afbreken van onderhandelingen: de drie mythes van Plas/Valburg. Van drie fasen naar twee stadia in het onderhandelingsproces’, *WPNR* 2004/6596.

20 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 86.1.

De functie van de veroordeling tot dooronderhandelen heeft primair een preventief karakter.

Door de veroordeling is het voor partijen duidelijk dat zij niet eenvoudig uit het onderhandelingsproces kunnen stappen. Partijen zullen de onderhandelingen minder snel afbreken indien zij weten dat zij veroordeeld kunnen worden tot het voortzetten van de onderhandelingen.²¹ Tevens heeft de veroordeling tot dooronderhandelen een herstellende functie. Het is een remedie die ingezet kan worden om de oude situatie te herstellen.²² Hiermee wordt de situatie bedoeld, waarin partijen zich bevonden voordat de onderhandelingen ten onrechte werden afgebroken. Na de veroordeling tot dooronderhandelen worden partijen geacht verder te gaan waar zij gebleven waren.

6.3 Wanneer wordt er tot dooronderhandelen veroordeeld?

Op basis van kortgedingrechtspraak kan een inventarisatie gemaakt worden van belangrijke aandachtspunten die rechters gebruiken bij het al dan niet opleggen van de veroordeling tot dooronderhandelen.²³ Ik zal de belangrijkste voorwaarden kort toelichten. Vervolgens zal ik beschrijven bij welke verhoudingen de veroordeling tot dooronderhandelen opgelegd kan worden.

6.3.1 *Voorwaarden voor het opleggen van de veroordeling tot dooronderhandelen*

Ten eerste dient het opleggen van de veroordeling tot dooronderhandelen zinvol te zijn. De veroordeling is slechts zinvol, indien er nog een overeenkomst gesloten kan worden die substantiële gemeenschappelijke winst oplevert.²⁴ Uit de literatuur zijn een aantal criteria af te leiden aan de hand waarvan bepaald kan worden of gemeenschappelijke winst mogelijk is.

Allereerst dient gekeken te worden naar de voordelen die beoogd worden met het sluiten van een overeenkomst. Deze voordelen kunnen ook pas op

21 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 82.

22 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 86.1.

23 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 82.

24 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 84.

lange termijn ontstaan uit de investeringen. In samenhang hiermee spelen de verwachte nadelen die de wederpartij zal lijden door het sluiten van de overeenkomst een rol. Het gaat hierbij vooral om kosten in verband met het aangaan van het contract en nadelen die ontstaan doordat er een beter alternatief beschikbaar is. Ook de kosten die samenhangen met het onderhandelen en het oplossen van eventuele geschillen zijn van belang. Daarnaast is het de vraag of het saldo van voor- en nadelen voor de partij die het contract wil sluiten het saldo van voor- en nadelen voor de wederpartij duidelijk overtreft. Een duidelijke gemeenschappelijke winst is noodzakelijk, zodat de transactie- en onderhandelingskosten laag blijven. Tevens is het van belang in hoeverre de verwachte nadelen voor de wederpartij gecompenseerd kunnen worden en wat de omvang van de compensatie is. Een compensatieregeling zou onderdeel kunnen worden van de overeenkomst. Bovendien moeten de kosten die de afbrekende partij maakt om alsnog een overeenkomst te sluiten (de transactiekosten) bekeken te worden. Ten slotte is ook de omvang van een eventuele beloning voor het meewerken en het sluiten van een optimale overeenkomst relevant.²⁵

Tevens mogen er geen contra-indicaties zijn. Van dergelijke indicaties is in ieder geval sprake indien er een ernstig verstoorde verhouding is tussen partijen of indien iedere bereidheid om verder te onderhandelen ontbreekt. Een veroordeling tot dooronderhandelen is dan zinloos, omdat de onderhandelingen geen kans van slagen zullen hebben.²⁶ Er moet hierbij rekening worden gehouden met het feit dat de veroordeling tot dooronderhandelen zelf kan leiden tot een wijziging in de omstandigheden die van invloed kan zijn op de onderhandelingsbereidheid.²⁷ Een dergelijk bevel kan ertoe leiden dat vijandelijkheden en geschilpunten opzij gezet worden en dat partijen op een andere manier naar de situatie kijken. Hierdoor kunnen oplossingen of perspectieven gevonden worden waar voorheen niet aan was gedacht.²⁸ Er

25 J.M. Barendrecht, 'Contractuele gebondenheid en het beginsel van belangenmaximalisatie', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis, H.A.W. Vermeulen, *Beginnelsen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 19, 25-29.

26 HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85 (*Stuyvers' Beheers BV/Eugster*); HR 8 april 2005, NJ 2005, 482 (*Apothekers/Agis*); Hof Amsterdam 8 december 2005, NJF 2006, 257; Rb. Arnhem 21 december 2005, LJN AV1987.

27 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', TMD 2004/4, p. 84.

28 H.J. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 81.

moet zodoende niet te snel geoordeeld worden dat verdere onderhandelingen volstrekt zinloos zijn.

Daarnaast is de veroordeling tot dooronderhandelen zinloos, indien de afbrekende partij in zee is gegaan met een derde. Het kan bijvoorbeeld gaan om de situatie waarin een bepaalde zaak verkocht is aan een derde, een opdracht aan een ander is toebedeeld of een contract is gesloten met een derde.²⁹ De veroordeling tot dooronderhandelen zal ook zinloos zijn indien het gaat om het sluiten van een overeenkomst die eenzijdig opgezegd kan worden.³⁰ De voordelen zullen dan slechts op korte termijn bestaan en zullen niet opwegen tegen de tijd, het geld en de moeite die in het dooronderhandelen gestoken zou moeten worden.

Ten tweede dient de veroordeling tot het voortzetten van de onderhandelingen voldoende bepaalbaar te zijn.³¹ In de praktijk is het vrij lastig om alle punten waarover de partijen overeenstemming zouden moeten bereiken voor het sluiten van het contract in de vordering te noemen of in de veroordeling op te nemen.³² Wat betreft het dooronderhandelen heeft de bepaalbaarheid dan ook voornamelijk betrekking op het resultaat van de veroordeling. De rechter moet oordelen of een redelijk resultaat mogelijk is.³³ Uit het arrest *Huurdersvereniging Koot B.V./Handelsonderneming Koot B.V.* volgt dat het feit dat partijen het nog niet eens zijn over de concrete resultaten van de te sluiten overeenkomst niet in de weg staat aan het opleggen van een veroordeling tot dooronderhandelen.³⁴ Het gaat immers om bepaalbaarheid, er moeten voor de rechter voldoende aanknopingspunten zijn om de uiteindelijke inhoud en resultaten te bepalen.³⁵

Indien sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is er doorgaans ook sprake van voldoende bepaalbaarheid.³⁶ Partijen zijn het

29 Rb. Middelburg 28 februari 1984, *KG* 1984, 85; Ktr. Gouda 11 november 1993, *KG* 1994, 115; Rb. Leeuwarden 6 april 2001, *KG* 2001, 151.

30 Rb. Groningen 21 maart 1947, *NJ* 1948, 19; Rb. Arnhem 15 juni 1990, *BR* 1991, p. 715.

31 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 86.3.

32 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 310.

33 H.J. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 81.

34 HR 11 maart 1983, *NJ* 1983, 585 (*Huurdersvereniging Koot BV/Handelsonderneming Koot BV*).

35 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 283.

36 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 86.3.

dan immers eens over de hoofdpunten van de overeenkomst. De inhoud en resultaten van de overeenkomst zullen dan voldoende te bepalen zijn door de rechter.

Ten derde is het noodzakelijk dat partijen, voor het afbreken van de onderhandelingen, overeenstemming hadden bereikt over de essentialia van de te sluiten overeenkomst.³⁷ De overeenstemming tussen partijen moet zodanig zijn, dat de punten die nog niet geregeld zijn *‘met behulp van de goede trouw kunnen worden ingevuld’*.³⁸ Wat als essentialia van de overeenkomst gekwalificeerd kan worden, is afhankelijk van de aard van de overeenkomst.³⁹ Indien een partij voor of tijdens de onderhandelingen uitdrukkelijk aangeeft dat zij een punt zeer belangrijk vindt en de wederpartij hiervan op de hoogte is, zal het betreffende punt ook onder de essentialia van de overeenkomst vallen.⁴⁰

6.3.2 *In welke verhoudingen kan de veroordeling worden opgelegd?*

De Kluiver noemt een aantal criteria waaraan getoetst kan worden of er in het concrete geval tot dooronderhandelen veroordeeld moet worden. Zo dient er gekeken te worden naar de voorafgaande relatie van de partijen en naar de bestaande afhankelijkheid. Tevens is het van belang of er sprake is van discriminatie of een monopoliepositie van een van de partijen. Daarnaast moeten andere belangen die in het geding zijn, bekeken worden en ook het onderhandelingsgedrag van partijen speelt een rol.⁴¹

Op grond van deze criteria kan geconcludeerd worden dat de hoedanigheid van partijen een grote rol speelt. Deze hoedanigheid heeft ook invloed op het onderhandelingsgedrag. De criteria van De Kluiver wijzen voornamelijk naar het opleggen van een veroordeling tot dooronderhandelen indien het gaat om onderhandelingen tussen ongelijke partijen. Indien de benadeelde partij afhankelijk is van de ander, niet alleen economisch, maar bijvoorbeeld ook vanwege de specificiteit van de diensten die de afbrekende partij biedt, ontstaat er een scheve verhouding. De gevolgen van het afbreken van

37 HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 (*Huurdersvereniging Koot BV/Handels-onderneming BV*); HR 16 juni 1995, NJ 1995, 705 (*Shell/Van Esta Tjallingii*).

38 Rb. Middelburg 28 februari 1984, KG 1984, 85.

39 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 68.

40 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 41.

41 H.J. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 62.

de onderhandelingen zullen voor de benadeelde partij zwaarder zijn. De veroordeling tot dooronderhandelen kan in een dergelijke verhouding zeer nuttig zijn.

De veroordeling tot dooronderhandelen kan evenwel ook nuttig zijn indien het gaat om onderhandelingen tussen grote, professionele ondernemingen. Dergelijke onderhandelingen betreffen vaak grote financiële belangen en hebben betrekking op complexe of specifieke prestaties.⁴² De onderhandelingen zullen doorgaans meer tijd, geld en moeite kosten. Partijen hebben zodoende belang bij het voortzetten van de onderhandelingen.

De veroordeling tot dooronderhandelen zal tevens een meerwaarde hebben, wanneer sprake is van een duurzame verhouding tussen de partijen. Indien de partijen met elkaar verder moeten, zullen er meer (toekomstige) gemeenschappelijke of verenigbare belangen zijn. Ook zal de gemeenschappelijke winst die nog te behalen valt groter zijn.

Ten slotte zal de veroordeling tot dooronderhandelen nut hebben bij onderhandelingen waarmee een groot, maatschappelijk belang gemoeid is, zoals bij het voeren van cao-onderhandelingen. Bij dergelijke onderhandelingen gaat het vaak om specifieke partijen, die in een duurzame verhouding staan tot elkaar.

6.4 Effectiviteit van de veroordeling tot voortzetting van onderhandelingen

Door de veroordeling tot dooronderhandelen worden partijen gedwongen om opnieuw met elkaar om de tafel te gaan zitten. Het vereist dat partijen dooronderhandelen conform de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁴³ Ze moeten elkaar een serieuze kans geven. In deze paragraaf ga ik in op de raakheid van de veroordeling tot dooronderhandelen. Ik toets de raakheid door te kijken naar het doel van de veroordeling en de mate waarin dit doel bereikt wordt. Hierbij is vooral het gedrag en de onderhandelingsbereidheid van partijen van belang. Voor het toetsen van de raakheid is het zodoende de vraag in hoeverre het gedrag van partijen bijgestuurd dan wel afgedwongen kan worden.

42 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 189.

43 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 85.

6.4.1 *Het doel van de veroordeling tot dooronderhandelen*

Het voortzetten van de onderhandelingen betekent niet dat de partijen verplicht zijn om een overeenkomst aan te gaan.⁴⁴ Het bevel tot dooronderhandelen behelst een inspanningsplicht, er wordt geen specifiek resultaat geëist. Er wordt 'slechts' verwacht dat partijen een reële, open en redelijke opstelling aannemen.⁴⁵ De voortgezette onderhandelingen kunnen wel degelijk leiden tot het sluiten van een overeenkomst, maar dit is niet het doel van de veroordeling. Het doel is namelijk dat partijen op een redelijke manier met elkaar onderhandelen en rekening houden met de wederzijdse belangen.⁴⁶

De veroordeling tot dooronderhandelen komt zodoende niet in strijd met de contractsvrijheid.⁴⁷ Partijen zijn vrij om de onderhandelingen af te breken, indien zij daartoe een gegronde reden hebben. Tijdens de voortgezette onderhandelingen kunnen zich nieuwe feiten en omstandigheden voordoen die het afbreken van de onderhandelingen alsnog rechtvaardigen. Hierbij moet bedacht worden dat de veroordeling tot dooronderhandelen zelf kan leiden tot een wijziging in de omstandigheden, die de houding en onderhandelingsbereidheid van partijen kan beïnvloeden.⁴⁸ Partijen kunnen oplossingen of juist breekpunten vinden, waar zij voorheen niet aan hadden gedacht.⁴⁹

6.4.2 *De inhoud van de voortgezette onderhandelingen*

Zoals ik eerder schreef, zijn partijen verplicht zich reël, open en redelijk op te stellen. De inhoud van de verplichting is in de jurisprudentie nader uitgewerkt.

Ten eerste moeten partijen zich ten opzichte van de overgebleven punten reël en redelijk opstellen. De voorstellen van partijen moeten reël en

44 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 104.

45 M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2008, p. 311.

46 Rb. Middelburg 19 april 1989, *KG* 1989, 216; Rb. Den Haag 16 december 1994, *KG* 1995, 23; Rb. Den Bosch 27 januari 1995, *BR* 1995, 787; Rb. Rotterdam 12 juni 2001, *KG* 2001, 209; Rb. Rotterdam 19 oktober 2001, *KG* 2002, 68.

47 T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid ter zake van afgebroken onderhandelingen: Terughoudendheid troef', *Ars Aequi* 54 (2005) 12, p. 1027.

48 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen: een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 84-86.

49 H.J. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 81.

redelijk zijn en de wederpartij moet serieus op deze voorstellen en andere voorwaarden ingaan.⁵⁰ De voorstellen kunnen alleen op redelijke gronden worden afgewezen.⁵¹ Ook mogen er geen schijnaanbiedingen gedaan worden. Voorts mogen de onderhandelingen niet afgebroken worden zonder dat de wederpartij in de gelegenheid is gesteld om te onderzoeken of de breekpunten reëel waren en om eventueel met oplossingen te komen.⁵² Tevens moeten partijen zich realiseren dat het accepteren van een bepaald voorstel een einde kan maken aan de onderhandelingen.⁵³ Een partij kan dan ook verplicht worden om een redelijke oplossing te accepteren.⁵⁴ Ook kan de rechter oordelen dat de afbrekende partij haar wederpartij een laatste aanbod moet doen. Indien een overeenkomst met een derde is of wordt gesloten, kan de afbrekende partij verplicht worden om een aanbod te doen aan de wederpartij, dat inhoudelijk overeenstemt met het resultaat wat met de derde is bereikt.⁵⁵ In het arrest *AFF/McDonalds* ging het bijvoorbeeld om de vraag of een franchiser na afloop van een license-agreement al dan niet verplicht was om een redelijk aanbod te doen aan zijn ex-franchisees in plaats van een overeenkomst aan te gaan met een derde.⁵⁶ Bovendien zijn de onderhandelingen gebonden aan een redelijke termijn. De wederpartij moet een redelijke termijn krijgen om na te denken over een voorstel en om eventueel met een tegenvoorstel te komen.⁵⁷ Er is echter wel een tijdslimiet voor partijen, zodat uitzichtloze onderhandelingen worden voorkomen.⁵⁸

Ten tweede is openheid van zaken tijdens de onderhandelingen van belang.⁵⁹ De communicatie tussen partijen moet voldoende transparant zijn om resultaat te boeken. Het doel van de open opstelling is dat partijen in staat worden gesteld om voorstellen en voorwaarden van de wederpartij

-
- 50 Rb. Breda 8 augustus 1991, *KG* 1991, 283; Rb. Middelburg 13 juli 1993, *KG* 1993, 316; Hof Amsterdam 8 december 2005, *NJF* 2006, 257.
 - 51 Hof Amsterdam 7 mei 1987, *NJ* 1988, 430; Rb. Amsterdam 6 oktober 1988, *KG* 1988, 410; Hof Arnhem 7 oktober 2003, *NJF* 2004, 27.
 - 52 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 88.1.
 - 53 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 88.1.
 - 54 Rb. Zwolle 28 april 1992, *KG* 1992, 191; HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 289 (*AFF/McDonald's*); Hof Den Bosch 8 mei 1995, HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*MBO/De Ruijterij*); Rb. Almelo 27 februari 2002, *KG* 2002, 101.
 - 55 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 100.
 - 56 HR 26 februari 1993, *NJ* 1993, 289 (*AFF/McDonald's*).
 - 57 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 90.
 - 58 Rb. Roermond 14 maart 1983, *KG* 1983, 125; Rb. Haarlem 1 december 1987, *KG* 1988, 283; Rb. Den Haag 4 mei 2000, *KG* 2000, 153; Rb. Almelo 27 februari 2002, *KG* 2002, 101.
 - 59 Rb. Utrecht 14 maart 1989, *KG* 1989, 171; Rb. Den Haag 20 juni 1995, *KG* 1995, 270; Rb. Amsterdam 28 november 1996, *KG* 1997, 69; Rb. Zwolle 6 augustus 1997, *KG* 1997, 310.

op hun redelijkheid en inhoud te beoordelen.⁶⁰ Dit zal ervoor zorgen dat partijen een constructieve en inhoudelijke discussie kunnen voeren over hun standpunten.⁶¹

Ten derde is het tijdens de voortgezette onderhandelingen niet toegestaan dat partijen terugkomen op punten waarover zij al eerder overeenstemming hadden bereikt.⁶² De heronderhandelingen moeten gebaseerd worden op en in overeenstemming zijn met hetgeen waarover al consensus is bereikt.⁶³ Partijen kunnen wel met wederzijds goedvinden besluiten om een punt opnieuw tot voorwerp van de onderhandelingen te maken.⁶⁴

6.4.3 Conclusie

Het blijkt dat het gedrag en de onderhandelingsbereidheid van partijen zeer belangrijk is om het doel van de veroordeling tot dooronderhandelen te bereiken. Uit de inhoud van de voortgezette onderhandelingen volgt dat partijen zich redelijk, reëel en open moeten opstellen. Pas als beide partijen zich inzetten, kunnen redelijke onderhandelingen plaatsvinden. Alleen dan is een succesvol resultaat van de veroordeling tot dooronderhandelen mogelijk.

Uit paragraaf 6.3 bleek daarnaast dat dooronderhandelen zinloos is, dan wel wordt, indien partijen geen onderhandelingsbereidheid tonen. Hierdoor is de raakheid van de nakomingsactie onzeker. De rechter heeft weinig middelen waarmee het gedrag bijgestuurd of afgedwongen kan worden. Er zijn wel voorbeelden van rechterlijke sturing, maar deze hebben geen betrekking op het onderhandelingsgedrag, maar voornamelijk op het verwijzen naar in de markt gangbare condities en prijzen.⁶⁵ Het is daarom

60 Rb. Den Haag 20 juni 1995, KG 1995, 270; Rb. Zwolle 6 februari 2001, KG 2001, 137; Hof Den Haag 16 juni 2005, Prg. 2005, 204; HR 26 oktober 2007, LJN BB5623 (*Roompot/De Efteling*).

61 Rb. Roermond 4 december 1992, BR 1993, p. 658; Rb. Den Haag 10 december 1993, KG 1994, 28.

62 HR 11 maart 1983, NJ 1983, 585 (*Huurdersvereniging Koot BV/Handelsonderneming BV*); Hof Den Bosch 3 februari 1992, NJ 1992, 429; Rb. Rotterdam 12 juni 2001, KG 2001, 209; Rb. Almelo 27 februari 2002, KG 2002, 101.

63 Rb. Den Haag 22 juni 1988, KG 1988, 283; Rb. Haarlem 24 juli 1990, KG 1990, 272; Rb. Middelburg 12 oktober 1990, KG 1990, 353; Rb. Rotterdam 12 juni 2001, KG 2001, 209; Rb. Rotterdam 19 oktober 2001, KG 2002, 68.

64 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 89.

65 Rb. Dordrecht 23 augustus 1984, KG 1984, 271; Rb. Haarlem 24 juli 1990, KG 1990, 272; Rb. Utrecht 24 april 1997, KG 1997, 187. En in de uitspraak van de Rb. Leeuwarden 28 augustus 2002, KG 2002, 248 gaf de rechter een bijzondere

noodzakelijk dat de rechter instrumenten krijgt waarmee hij de veroordeling tot dooronderhandelen kracht bij kan zetten. Pas als deze middelen doel treffen, kan een oordeel gegeven worden over de daadwerkelijke effectiviteit van de veroordeling tot dooronderhandelen.

6.5. Effectuering van de veroordeling tot dooronderhandelen

6.5.1 *De hoofdveroordeling*

De veroordeling tot dooronderhandelen kan op grond van artikel 3:296 BW bestaan uit een bevel tot nakoming van de oorspronkelijke prestatie of uit een verbod. De hoofdveroordeling is zodoende een *condemnatoir vonnis*.⁶⁶

Het bevel tot nakoming van de oorspronkelijke prestatie strekt ertoe dat de partijen de onderhandelingen op een redelijke wijze voortzetten, waarbij zij de wederzijdse belangen in acht nemen. Dit betekent dat partijen de onderhandelingen niet zonder meer mogen afbreken. Zie daarover eerder paragraaf 6.4.

Het opleggen van een verbod om met derden te onderhandelen is op zijn plaats, indien de onderhandelingen met één specifieke partij zodanig vergoedderd zijn dat het sluiten van een contract dichtbij is.⁶⁷ Het onderhandelen met derden is in een dergelijk geval strijdig met de redelijkheid en billijkheid of de zorgvuldigheid.⁶⁸ Tijdens de voortgezette onderhandelingen kan het verbod om met derden te onderhandelen zeer nuttig zijn. Ik heb in paragraaf 6.3 besproken dat de veroordeling tot dooronderhandelen zinloos is, indien de afbrekende partij een overeenkomst heeft gesloten met een derde. Hetzelfde zal gelden, indien een van de partijen tijdens de heronderhandelingen een overeenkomst sluit met een derde. Het voortzetten van de onderhandelingen is ook dan zinloos, er zal immers geen overeenstemming meer bereikt worden door partijen. Met het opleggen van een

motivering, waarbij hij op grond van de door hem vastgestelde uitgangspunten suggesties deed aan partijen voor het oplossen van hun geschil. Dat was in dit geval arbitrage.

66 Losbl. Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611a Rv (Beekhoven van den Boezem), aant. 1.

67 Losbl. Verbintenissenrecht, art. 217-227.I (Blei Weissmann), aant. 91.

68 HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 (*Van Oosterom/Majoor*); Rb. Middelburg 28 februari 1984, KG 1984, 85; Rb. Den Bosch 17 april 1986, KG 1986, 226; Hof Arnhem 3 maart 1992, NJ 1992, 778; Rb. Haarlem 27 maart 1992, KG 1992, 145.

verbod om met derden te onderhandelen, wordt voorkomen dat alle inspanningen tijdens de heronderhandelingen voor niets zijn geweest. Het verbod om met derden te onderhandelen zorgt er tevens voor dat partijen zich concentreren op de onderlinge onderhandelingen en dat de afbrekende partij geen andere mogelijkheden meer heeft. Dit kan een stimulans zijn om een overeenkomst te sluiten met de wederpartij en de onderhandelingen niet opnieuw af te breken. In de rechtspraak wordt het verbod om met derden te onderhandelen regelmatig toegewezen.⁶⁹

6.5.2 De dwangmiddelen

In paragraaf 6.4 heb ik geconcludeerd dat het slagen van de nakomingsactie onzeker is vanwege de afhankelijkheid van het onderhandelingsgedrag van partijen. Het is daarom noodzakelijk dat de veroordeling tot dooronderhandelen op een juiste manier kracht bijgezet wordt. Enige dwang is hierbij niet onredelijk, aangezien de afbrekende partij heeft bijgedragen aan het totstandkomingsvertrouwen bij de benadeelde partij.⁷⁰ De afbrekende partij had immers, voordat hij de onderhandelingen ten onrechte afbrak, ingestemd met de hoofdpunten van de te sluiten overeenkomst.

Ten eerste kan de veroordeling tot dooronderhandelen kracht worden bijgezet door het opleggen van een dwangsom. De dwangsom is een voorwaardelijke veroordeling tot het betalen van een geldsom.⁷¹ Het kan gaan om een bedrag ineens, per tijdseenheid of per overtreding (art. 611b Rv). Het doel van de dwangsom is het bevorderen van de naleving van de hoofdveroordeling. De dwangsom heeft zodoende een preventief doel.⁷² Een dwangsom kan alleen opgelegd worden bij een condemnatoir vonnis.⁷³

De dwangsom is een goed middel voor het effectueren van de veroordeling tot dooronderhandelen. De preventieve werking zal partijen afschrikken om de voortgezette onderhandelingen (te snel) af te breken. Het is voor de

69 HR 15 mei 1981, *NJ* 1982, 85 (*Stuyvers' Beheer/Eugster*); Rb. Roermond 14 maart 1983, *KG* 1983, 125; Hof Amsterdam 7 mei 1987, *KG* 1987, 239; Rb. Den Haag 16 december 1994, *KG* 1995, 22 en 23.

70 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 84.

71 Losbl. Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611a Rv (Beekhoven van den Boezem), aant. 1.

72 M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 55.

73 Losbl. Burgerlijke Rechtsvordering, art. 611a Rv (Beekhoven van den Boezem), aant. 1.

preventieve werking wel van belang dat het bedrag waarop de dwangsom is vastgesteld voldoende hoog is. In de rechtspraak wordt de dwangsom dan ook veelvuldig opgelegd bij een veroordeling tot dooronderhandelen.⁷⁴

Ten tweede kan reële executie gebruikt worden om de veroordeling tot dooronderhandelen kracht bij te zetten. Reële executie is het ten uitvoer leggen van een rechterlijk vonnis waarbij een bepaalde prestatie wordt afgedwongen van de veroordeelde. Reële executie kan op verschillende manieren worden uitgevoerd. Allereerst kan de schuldenaar met behulp van politie of justitie gedwongen worden om de prestatie te verrichten. Ten tweede kan de schuldeiser zich de prestatie verschaffen buiten de schuldenaar om. Hierbij wordt vaak gebruikgemaakt van gerechtelijke verkoop en beslag. Ten slotte kan de schuldeiser indirecte dwangmiddelen, zoals de dwangsom en lijfswang, inzetten.⁷⁵

Kortmann is van mening dat de rechter in het kader van reële executie bij ten onrechte afgebroken onderhandelingen de afbrekende partij kan veroordelen tot het sluiten van een contract met de wederpartij. In dit geval is er geen sprake van dooronderhandelen, maar wordt er direct een overeenkomst gesloten. Hij geeft een voorbeeld van de situatie waarin partijen eerder een principeakkoord hebben gesloten. Indien de afbrekende partij eerder akkoord is gegaan met de voorwaarden van de principeovereenkomst, handelt zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid indien zij besluit de overeenkomst niet te sluiten. In een dergelijk geval kan de afbrekende partij verplicht worden om de overeenkomst toch aan te gaan. Kortmann noemt hierbij ook de optie dat de rechter een vertegenwoordiger aanwijst die de overeenkomst sluit.⁷⁶ Een dergelijke verplichting zal zeker een afschrikwekkend effect hebben.

Reële executie bij de veroordeling tot dooronderhandelen lijkt mij niet op zijn plaats. De verplichting behelst namelijk een inspanningsplicht, zodat het inzetten van politie of justitie niet reëel is. Daarnaast is medewerking van de andere partij essentieel, de prestatie kan niet buiten haar om verschaft worden. Het leggen van beslag of een gerechtelijke verkoop zal geen

74 Rb. Roermond 14 maart 1983, KG 1983, 125; Rb. Den Haag 16 december 1994, KG 1995, 22 en 23; HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruiterij/MBO*); Rb. Den Haag 20 juni 1995, KG 1995, 270; Rb. Den Haag 4 mei 2000, KG 2000, 153; Rb. Rotterdam 12 juni 2001, KG 2001, 209.

75 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 346.

76 S.C.J.J. Kortmann, 'Dooronderhandelen, contracteren of presteren', WPNR 1996/6214, p. 163.

doel treffen. Bovendien is het praktisch belang van directe reële executie sterk verminderd, omdat de indirecte dwangmiddelen een ruim toepassingsgebied hebben.⁷⁷ Ik ben ook geen voorstander van de optie die Kortmann aandraagt. Een dergelijke oplossing is alleen passend, indien de afbrekende partij eerder had ingestemd met de voorwaarden van een principeakkoord, maar de uiteindelijke overeenkomst niet wil sluiten. Buiten dit geval is het veroordelen tot het sluiten van een contract in strijd met de contractsvrijheid. Ook gaat dit tegen het doel van de veroordeling tot dooronderhandelen in. Het doel is namelijk niet gericht op een overeenkomst, slechts op het voeren van redelijke onderhandelingen. Reële executie is zodoende geen goed middel voor het effectueren van de veroordeling tot dooronderhandelen.

6.5.3 *Het inschakelen van een mediator*

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 25 oktober 2001 werden partijen verplicht om mee te werken aan mediation. De kortgedingrechter veroordeelde de partijen, op straffe van een dwangsom, tot het voortzetten van de onderhandelingen onder leiding van een mediator.⁷⁸ Het inschakelen van een mediator kan niet gezien worden als een dwangmiddel, maar als hoofdveroordeling. De hoofdveroordeling bestaat uit het bevel tot het voortzetten van de onderhandelingen onder leiding van een mediator. Mediation kan dan ook niet gebruikt worden om een bevel tot nakoming of een verbod ex artikel 3:296 BW kracht bij te zetten, maar moet gevorderd worden in plaats van een bevel tot nakoming of een verbod.

Mediation is een vorm van conflictbemiddeling, waarbij ‘een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de communicatie en onderhandelingen tussen de partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale besluitvorming te komen.’ De partijen zijn zelfstandig en autonoom en de mediator heeft slechts een begeleidende rol. De kern van mediation is het bevorderen van de verstandhouding tussen partijen, zodat zij tot een gezamenlijk besluit komen.⁷⁹

77 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 358.

78 Rb. Amsterdam 25 oktober 2001, *TvA* 2002/1, p. 35.

79 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 6-10.

Het is echter de vraag of contractsonderhandelingen zich lenen voor de toepassing van mediation. Mediation wordt immers voornamelijk gebruikt bij geschilbeslechting. De verschillen tussen geschilbeslechting en contractsonderhandelingen zijn vooral gelegen in de verhouding tussen partijen. Bij geschiloplossing is sprake van een bestaande, vaak negatieve relatie.⁸⁰ Met een negatieve relatie wordt bedoeld dat partijen met elkaar in conflict zijn geraakt, doordat zij tegengestelde belangen hadden.⁸¹ Daarnaast zijn partijen bij conflictbemiddeling op elkaar aangewezen en verplicht om met elkaar zaken te doen. Bij contractsonderhandelingen staan partijen neutraal tegenover elkaar en onderhandelen zij vaak ter oriëntatie.⁸²

In het geval van dooronderhandelen geldt dit echter niet. Het gaat dan niet meer om neutrale partijen, maar om partijen die al eerder hebben onderhandeld. Tevens zal het gaan om een tot op zekere hoogte verstoorde relatie, aangezien een van de partijen de onderhandelingen heeft afgebroken, terwijl de wederpartij verwachtte een overeenkomst te sluiten. Door de verplichting tot dooronderhandelen zijn partijen op elkaar aangewezen en moeten zij zoeken naar een bevredigende oplossing. Zowel de voortgezette onderhandelingen als geschilbeslechting zijn gericht op het vinden van gemeenschappelijke winst en op belangenmaximalisatie.⁸³ Ik denk dan ook dat de voortgezette onderhandelingen zich goed lenen voor mediation.

Bij 'gewone' mediation heeft de mediator een centrale rol binnen de geschilbeslechting, aangezien hij het communicatie- en het onderhandelingsproces reguleert.⁸⁴ Indien het gaat om complexe zaken is het van belang dat partijen probleemoplossend onderhandelen. Er moet niet gekeken worden naar posities, maar juist naar belangen. Alle belangen moeten bespreekbaar zijn, zodat partijen voldoende tot hun recht komen. Op grond hiervan kunnen partijen constructief overleggen en zoeken naar wederzijdse belangen.⁸⁵ De

80 S.H. Bol en A.R. Lodder, 'Het beëindigen van mediation door een der partijen: een afgebroken onderhandeling?', *WPNR* 2005/6620, p. 374-381.

81 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 8.

82 S.H. Bol en A.R. Lodder, 'Het beëindigen van mediation door een der partijen: een afgebroken onderhandeling?', *WPNR* 2005/6620, p. 374-381.

83 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?', *TMD* 2004/4, p. 86.

84 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 304.

85 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 78, 79.

mediator moet wijzen op gemeenschappelijke, verenigbare belangen en op toekomstige oplossingen.

Tevens moet een mediator voorkomen dat de partijen zich meteen richten op dé oplossing. Hij zal hen moeten stimuleren om eerst verschillende opties te bedenken die tegemoetkomen aan de belangen van beide partijen. Hierdoor wordt het onderhandelingsveld groter, de sfeer tussen partijen verbetert en de kans op een ‘win-winoplossing’ is optimaal.⁸⁶

Ook bij de voortgezette onderhandelingen kan de mediator een centrale rol hebben. De belangrijkste taak van een mediator bij de voortgezette onderhandelingen zal het aantonen van gemeenschappelijke winst zijn. De mediator kan ervoor zorgen dat de standpunten van partijen omgevormd worden naar belangen. Op grond hiervan kunnen de gemeenschappelijke belangen en de gemeenschappelijke winst aangetoond worden. Tevens speelt de mediator een belangrijke rol bij het rechte trekken van stukgelopen onderhandelingen. De mediator faciliteert de communicatie en onderhandelingen tussen partijen en zorgt voor een constructief overleg, dat gericht is op een werkbare verhouding.⁸⁷

Het enige aspect van mediation dat tot problemen zou kunnen leiden, is het vrijwillige karakter van het mediationproces. Partijen zijn niet verplicht om mee te werken.⁸⁸ De gedachte hierachter is dat mediation weinig kans van slagen heeft, indien een partij tegen zijn zin in mee moet werken. Het is zodoende de vraag of het veroordelen tot dooronderhandelen onder leiding van een mediator niet strijdig is met de vrijwilligheid, zeker als er een dwangsom wordt verbonden aan de hoofdveroordeling. Dit gebeurde bijvoorbeeld in de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.

In de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam ziet de rechter geen beletsel in de vrijwilligheid van mediation. Ook het verbinden van een dwangsom aan de hoofdveroordeling doet aan dit oordeel niet af. Het feit dat een van de partijen onvrijwillig meedoet aan mediation hoeft niet te betekenen dat de mediation gedoemd is om te mislukken.⁸⁹ Een grondslag voor het verplichten van mediation zou gevonden kunnen worden in de redelijkheid en

86 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 127-129.

87 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?’, *TMD* 2004/4, p. 87.

88 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?’, *TMD* 2004/4, p. 87.

89 P.A. Wackie Eysten, ‘ADR in Europa’, *TvA* 2002/1, p. 35.

billijkheid.⁹⁰ Brenninkmeijer geeft aan dat er een bepaalde ‘commitment’ verwacht mag worden van de partijen, zij moeten zich gebonden voelen om er samen uit te komen.⁹¹

Ik denk dat het inschakelen van een mediator niet in strijd is met de vrijwilligheid. Partijen zijn immers onder omstandigheden ook weer vrij om hun deelname aan de mediation te beëindigen. Er mag echter wel worden verwacht dat zij zich inspannen voor een goed resultaat en dat zij de mediation niet zonder meer afbreken. Deze opstelling valt te vergelijken met de inspanningsplicht die op partijen rust tijdens de voortgezette onderhandelingen. Tevens kan de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat het verplichten van mediation niet strijdig is met de vrijwilligheid.

Al met al denk ik dat, ondanks dat mediation niet gezien kan worden als dwangmiddel, het inschakelen van een mediator een goede manier kan zijn om de veroordeling tot dooronderhandelen te effectueren. In plaats van het afdwingen van het gewenste gedrag wordt er bij mediation de nadruk gelegd op het initiatief van partijen. Tevens is een succesvol onderhandelingsproces gebaseerd op de redelijkheid van partijen en ik denk dat mediation daar beter bij past dan het opleggen van een dwangmiddel. Partijen moeten zich bij de onderhandelingen concentreren op de gemeenschappelijke winst en de communicatie zal hierbij heel belangrijk zijn. Het onderhandelen onder leiding van een mediator kan dan een meerwaarde hebben. De mediator zorgt dat de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen soepel verlopen en dat partijen zich kunnen concentreren op de inhoud. Ook kan hij wijzen op gemeenschappelijke belangen. Daarnaast is het voor partijen belangrijk dat zij serieus worden genomen en dat hun belangen worden gehoord. Zij zullen neutraler staan tegenover een objectieve mediator dan tegenover de wederpartij. De kans op een bevredigende oplossing wordt hierdoor groter.

6.6 Conclusie

Op basis van het voorafgaande kan geconcludeerd worden dat onder omstandigheden een verplichting tot verder onderhandelen bestaat voor partijen. Indien de onderhandelingen niettemin worden afgebroken, is de veroordeling tot dooronderhandelen een passende remedie. Deze

90 E.J.M. van Beukering-Rosmuller, ‘De inschakeling van een mediator bij het rechterlijk bevel tot dooronderhandelen bij afgebroken contractonderhandelingen; een nieuwe loot aan de ADR-stam?’, *TMD* 2004/4, p. 87.

91 A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 20.

veroordeling zorgt ervoor dat partijen elkaar een ‘nieuwe kans’ moeten geven. Bij het betalen van een schadevergoeding worden de belangen van de benadeelde partij slechts in geld vertaald. Het kan evenwel voor beide partijen beter zijn om alsnog een uitkomst in gezamenlijk overleg te bewerkstelligen.

Ik denk echter dat de raakheid van de veroordeling tot dooronderhandelen te wensen overlaat. Het enkele opleggen van een bevel tot nakoming of een verbod om met derden te onderhandelen is mijns inziens ontoereikend. Bij het bevel tot nakoming is een succesvol resultaat van de voortgezette onderhandelingen sterk afhankelijk van de inzet van partijen. Pas als zij zich redelijk, reëel en open opstellen, zal de veroordeling haar doel bereiken. De rechter heeft weinig mogelijkheden om het gedrag bij te sturen. Het enkele verbod om met derden te onderhandelen is mijns inziens ook onvoldoende. Een dergelijk verbod kan zeker een stimulans zijn om alsnog een overeenkomst te sluiten, maar dit hoeft niet per definitie zo te zijn. De onderhandelingen kunnen nog steeds gefrustreerd worden en daar staat geen ‘straf’ op. Een instrument om de verplichting te effectueren is daarom noodzakelijk.

Ik heb onderzocht op welke wijze de veroordeling tot dooronderhandelen geëffectueerd kan worden. Van deze mogelijkheden wordt alleen de dwangsom regelmatig gebruikt. Ik denk dat deze optie inderdaad het meest geschikt is om de verplichting te effectueren en het gewenste gedrag af te dwingen. De dwangsom heeft vanwege de preventieve werking een direct effect op de onderhandelingsbereidheid, mits het bedrag hoog genoeg is.

Verder denk ik dat het inschakelen van een mediator een goed alternatief is om de veroordeling tot dooronderhandelen te effectueren. In plaats van het afdwingen van het gewenste gedrag wordt bij mediation nadruk gelegd op initiatief van partijen en de wijze waarop partijen met elkaar onderhandelen. Ik denk dat mediation daarom beter past bij het voortzetten van de onderhandelingen. Bij de voortgezette onderhandelingen is de wijze van onderhandelen immers cruciaal.

De meerwaarde van mediation ten opzichte van een dwangsom is dat mediation sterker gericht is op toekomst. Partijen nemen zelf initiatief om, onder leiding van een mediator, een duurzame, bevredigende oplossing te zoeken. Tevens zullen partijen neutraler staan tegenover een mediator en zullen ze daardoor echt aandacht krijgen voor de belangen van de wederpartij, indien de mediator ze daar op wijst. Een ander voordeel is dat mediation gericht is op het verbeteren van de verstandhouding tussen partijen en het creëren van een werkbare relatie. Een goede verstandhouding is

essentieel voor een succesvol resultaat van de onderhandelingen. Indien een oplossing gevonden wordt, zullen beide partijen daar tevreden mee zijn. Ik denk dat bij het opleggen van een dwangsom de kans bestaat dat partijen een overeenkomst, waar ze niet helemaal tevreden mee zijn, sluiten om te voorkomen dat zij een geldbedrag moeten betalen. Ik denk dan ook dat het inschakelen van een mediator verkozen zou moeten worden boven de dwangsom. Het enige probleem van mediation, het vrijwillige karakter van het proces, vind ik te overkomen.

Om terug te komen op mijn onderzoeksvraag denk ik dat de dwangsom het beste dwangmiddel is om de veroordeling tot dooronderhandelen te effectueren. Ik denk echter dat het inschakelen van een mediator een meerwaarde heeft ten opzichte van het opleggen van een dwangmiddel. Het inschakelen van een mediator zou wat mij betreft dan ook verkozen moeten worden boven de dwangsom. Het vonnis van de Rechtbank Amsterdam verdient daarom navolging.

VII Raak vergoeden: de betekenis van het gemeenschapsrechtelijke effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren

E.V. van der Schee

Vanuit Europa wordt de eis gesteld dat lidstaten effectief zijn in de handhaving van Europese regels. Wat betekent deze eis concreet voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht? Op basis van de literatuur, maar vooral aan de hand van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie wordt verkend hoe het beginsel van effectiviteit doorwerkt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren. Omdat de gevolgen van het beginsel niet zelden worden bepaald door de omstandigheden van het geval is deze bijdrage grotendeels illustratief van aard.

7.1 Inleiding

Europese regelingen werken op grote schaal door in het nationale privaatrecht. Veel van deze regelingen bevatten geen specifieke bepaling die voorschrijft hoe de handhaving dient te geschieden. In zo'n geval wordt de sanctionering overgelaten aan het nationale recht. Lidstaten zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar het Hof van Justitie stelt niettemin de eis dat het nationale recht daarin effectief – en dus ‘raak’ – moet zijn.

In deze bijdrage schets ik een beeld van de betekenis van het effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Hoe werkt het beginsel daarin door? Problematisch is dat het effectiviteitsbeginsel vele gedaantes heeft, die bovendien meestal niet scherp van elkaar zijn te onderscheiden. Dat maakt het een welhaast ongrijpbaar beginsel. Om die reden kan mijn overzicht niet volledig zijn. Ik beperk mij daarom tot de voor het schadevergoedingsrecht meest prominente verschijningsvormen. Bovendien volgt uit de aard van het effectiviteitsbeginsel en uit het feit dat het grootste deel van het Europese privaatrecht wordt gevormd door richtlijnen, dat ‘het gezicht’ van de doorwerking vaak wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Om die reden is mijn bijdrage in grote mate illustratief van aard. Een andere beperking die ik heb aangebracht is dat ik in deze bijdrage alleen laat zien hoe het effectiviteitsbeginsel doorwerkt

in vorderingen tot schadevergoeding tussen particulieren. Staatsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de Gemeenschap vallen derhalve buiten het bestek van dit artikel.

De structuur van mijn bijdrage loopt van algemeen naar concreet. Ik begin in paragraaf 2 met een korte uiteenzetting over de aard, herkomst en rechtsbasis van het effectiviteitsbeginsel. In paragraaf 3 behandel ik min of meer noodgedwongen het beginsel van voorrang van EG-recht, omdat deze voorrang ook het effectiviteitsbeginsel toekomt. Eerst in paragraaf 4 maak ik de stap naar het schadevergoedingsrecht. Daar is de toegang tot de rechter aan de orde, zonder welke immers überhaupt geen schadevergoeding kan worden gevorderd. In paragraaf 5 ten slotte maak ik de doorwerking van het effectiviteitsbeginsel in het Nederlandse schadevergoedingsrecht meer concreet aan de hand van enkele voorbeelden. Ik behandel achtereenvolgens directe en indirecte horizontale werking. Directe horizontale werking illustreer ik aan de hand van schending van mededingingsregels en indirecte horizontale werking – die in het leerstuk van de richtlijnconforme uitleg tot uitdrukking komt – aan de hand van overtreding van discriminatiebepalingen en aan de hand van de richtlijn productaansprakelijkheid. Ik sluit in paragraaf 6 af met een voorzichtige conclusie.

7.2 Een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

Een eenduidige definitie van het effectiviteitsbeginsel is niet te geven. Het is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat door het Europese Hof van Justitie is ontwikkeld en het manifesteert zich op verschillende niveaus. Het effectiviteitsbeginsel is niet bij naam gecodificeerd in het EG-Verdrag, maar er wel rechtstreeks uit afgeleid. Op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG) heeft het Hof dikwijls overwogen dat lidstaten verplicht zijn alle passende maatregelen te nemen om *doeltreffende* toepassing van gemeenschapsrecht te verzekeren.¹ Dit is het hoogste niveau van het effectiviteitsbeginsel. Eén niveau lager vereist het effectiviteitsbeginsel volgens het Hof dat, hoewel lidstaten vrij zijn in hun keuze van de op te leggen sancties, deze wel *doeltreffend*, evenredig en afschrikkend moeten zijn.² Nog een niveau lager ten slotte, volgt uit het effectiviteitsbeginsel dat indien een lidstaat ervoor kiest de schending van Europees recht door middel van schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding, wil haar *doeltreffendheid* en afschrikkend effect verzekerd zijn, in elk geval in een passende verhouding moet staan tot de geleden schade. Codificatie

1 Thans art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).

2 Bijvoorbeeld in: HvJ EG 21 september 1989, nr. 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Maïs).

van dit derde niveau is in afzonderlijke richtlijnen soms wel terug te vinden.³ Hartkamp is van mening dat het beginsel van gemeenschapstrouw tezamen met het effectiviteitsbeginsel de belangrijkste beginselen zijn geweest voor de vorming van een Europees privaatrechtelijke rechtsorde.⁴ Daaraan heeft het als zelfstandig rechtsbeginsel bijgedragen, maar het is ook van essentiële waarde geweest bij de ontwikkeling van het beginsel van schadevergoeding en bij de totstandkoming van het leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie. Bovendien speelt het een belangrijke rol bij de (handhaving van de) economische beginselen van gemeenschapsrecht.

Geheel in overeenstemming met de verschillende verschijningsvormen van het effectiviteitsbeginsel is de verscheidenheid in terminologie die het Europees Hof van Justitie hanteert. Zo spreekt het Hof niet alleen van doeltreffend(heid) wanneer het aan het beginsel van effectiviteit refereert, maar ook van ‘ten volle’, van de ‘volle werking’ en van ‘nuttig effect’.⁵ Ter illustratie heb ik in mijn bijdrage alle uitingen van het effectiviteitsbeginsel cursief weergegeven.

7.3 Voorrang van gemeenschapsrecht

Het gemeenschapsrecht wordt gevormd door het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,⁶ de secundaire wetgeving (richtlijnen en verordeningen) en de op het verdrag en de secundaire wetgeving gebaseerde rechtspraak van het Hof van Justitie, waartoe ook de daarin door het Hof aanvaarde algemene beginselen van gemeenschapsrecht behoren. De richtlijn is in de praktijk het belangrijkste wetgevingsinstrument voor het privaatrecht.

Sinds het arrest *Costa/ENEL*⁷ is bekend dat gemeenschapsrecht voorrang heeft boven het nationale recht. Het Hof overwoog daarin:

3 Bijvoorbeeld in art. 6 van Richtlijn 76/207/EEG (Gelijke behandeling).

4 Asser/Hartkamp 3-I*, nr. 86.

5 Bijvoorbeeld in: HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891, cf. 28 en dictum 3 (‘doeltreffendheid’) en cf. 11 en 23 (‘doeltreffend’); HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 tot C-403/01, *Jur.* p. I-8835, cf. 112 (‘ten volle’) en cf. 111, 114 en 118 (‘volle werking’); HvJ EG 17 juli 2008, nr. C-303/06, *Jur.* 2008, p. I-05603, cf. 48 en 51 (‘nuttig effect’).

6 Het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (Verdrag van Maastricht) heet sinds 1 december 2009 ‘Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’.

7 HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203.

‘(...) dat het verdragsrecht, dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast.’

Doordat de Hoge Raad deze uitspraak heeft aanvaard, berust de werking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde op het EG-Verdrag zelf in plaats van op de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, die anderszins de toepasselijkheid van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties regelen.⁸

Een van de gevolgen van deze voorrang is dat de burger zich in sommige gevallen voor zijn nationale rechter kan beroepen op een bepaling van Europees recht ten betoge dat een nationale rechtsregel niet kan worden toegepast omdat deze in strijd is met het Europese recht. In dat geval is sprake van directe of rechtstreekse werking (van de desbetreffende bepaling van Europees recht). Deze mogelijkheid werd voor het eerst aangenomen in het arrest Van Gend & Loos.⁹ Bij de huidige stand van zaken komt aan een verdragsbepaling rechtstreekse werking toe wanneer deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is geformuleerd. Voldoende nauwkeurig wil zeggen dat de bepaling precies moet zijn geformuleerd en voor de lidstaat geen afwijkmogelijkheden mag bevatten. Een bepaling is onvoorwaardelijk indien de werking ervan niet afhankelijk is van uitvoeringsmaatregelen die lidstaten moeten nemen en waarvoor ze de nodige beleidsvrijheid hebben.¹⁰ Rechtstreekse werking van EG-recht is echter niet beperkt tot verdragsbepalingen. Ook algemene beginselen van gemeenschapsrecht, bepalingen van richtlijnen en bepalingen van verordeningen kunnen rechtstreekse werking hebben.

7.4 Toegang tot de rechter

Het vorderen van schadevergoeding tussen particulieren wegens schendingen van EG-recht gebeurt altijd voor de civiele rechter. Wanneer het nationale recht daartoe geen mogelijkheid biedt, kan van een effectieve sanctionering geen sprake zijn. Een effectieve schadevergoedingsremedie is derhalve in de

8 Bijvoorbeeld: HR 2 november 2004, NJ 2005, 80 (Verplichte rusttijden).

9 HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 3, overwegingen II-B en dictum 1.

10 J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004.

eerste plaats afhankelijk van een effectieve rechtsbescherming. Indien nu het gemeenschapsrecht omtrent de inhoud van die rechtsbescherming geen nadere regels bevat, wordt de handhaving gerealiseerd volgens de nationale regels van procesrecht. Wanneer die regels niet volledig zijn, kan het Hof van Justitie de leemtes opvullen op basis van het effectiviteitsbeginsel. Het effectiviteitsbeginsel vereist dat er altijd een gang naar de rechter mogelijk is en het is aan de lidstaten om daarvoor te zorgen. Die plicht geldt voor het gehele EG-recht en dus ook voor schadevergoedingsvorderingen die het gevolg zijn van schending van dat recht.

In de zaak Johnston baseerde het Hof het recht op een effectief beroep in rechte op een bepaling in Richtlijn 76/207/EEG (gelijke behandeling van mannen en vrouwen), die slechts in algemene bewoordingen het recht op toegang tot de rechter toekende.¹¹ Het Hof bracht de bepaling daartoe in verbinding met artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). In latere procedures kwam het Hof tot dezelfde beslissing in gevallen waarin geen beroep kon worden gedaan op een specifieke bepaling van gemeenschapsrecht.¹² In dat geval baseerde het Hof de verplichting van lidstaten om daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren op basis van artikel 10 EG, de gemeenschapstrouw. In Nederland is in principe altijd een gang naar de rechter mogelijk. Voldoende is dat de eiser ‘voldoende belang’ toekomt (art. 3:303 BW), hetgeen altijd het geval is wanneer hij stelt recht op schadevergoeding te hebben.

7.5 Schadevergoeding in horizontale verhoudingen

7.5.1 *Directe horizontale werking*

Ook in rechtsverhoudingen tussen burgers kunnen bepalingen van gemeenschapsrecht onder omstandigheden worden ingeroepen, waardoor de ene particulier jegens een andere particulier een recht geldend kan maken of van een verplichting kan worden bevrijd. In dat geval wordt gesproken van directe horizontale werking.¹³

In de meeste gevallen van directe horizontale werking waarbij een vordering tot schadevergoeding een belangrijke rol speelt, is een mededingingsregel

11 HvJ EG 15 mei 1986, nr. 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651.

12 Bijvoorbeeld: HvJ EG 19 juni 1990, nr. C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (Factor-tame I) en HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (Unibet).

13 Asser/Hartkamp 3-I*, nr. 9.

overtreden.¹⁴ In dat verband is artikel 81 EG het belangrijkste. Het Hof heeft aan dit artikel directe horizontale werking toegekend. Door die werking sorteert het artikel rechtstreeks effect in de rechtsverhoudingen tussen particulieren en doet het voor de justitiabelen rechten ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Dat betekent dat eenieder in rechte de nietigheid kan invoeren van een door artikel 81 EG verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Bovendien kan in dat geval vergoeding van schade worden gevorderd.¹⁵ Artikel 81 EG verbiedt blijkens de tekst van lid 1 alle overeenkomsten tussen ondernemingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen (bijvoorbeeld prijsafspraken) die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In lid 2 wordt bepaald dat de sanctie op overtreding van lid 1 nietigheid van rechtswege is. Deze nietigheid moet de nationale rechter ambtshalve vaststellen.¹⁶

Omdat artikel 81 EG niets regelt omtrent de gevolgen van de nietigheid, wordt het recht op schadevergoeding in zo'n geval beheerst door regels van nationaal recht. Tot het oordeel dat er ook tussen particulieren een schadevergoedingsplicht wegens schending van gemeenschapsrecht bestaat, is het Hof trapsgewijs gekomen. In artikel 288 EG is de schadevergoedingsplicht inzake buitencontractuele aansprakelijkheid geregeld. Op basis van dit artikel ontwikkelde het Hof het leerstuk van de gemeenschapsaansprakelijkheid, waaruit het vervolgens het leerstuk van lidstaataansprakelijkheid ontwikkelde. Dit leerstuk werd voor het eerst geformuleerd in het Francovich-arrest.¹⁷ Dat lidstaten aansprakelijk zijn voor schade die aan particulieren is veroorzaakt, is volgens het Hof inherent aan het stelsel van het EG-Verdrag, omdat zulks volgt uit het vereiste van de *volledige werking* van communautaire bronnen en van een *effectieve* bescherming

14 Twee spaarzame voorbeelden van zaken waarin geen sprake was van overtreding van een mededingingsregel: HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779 en *NJ* 2008, 149 m.nt. M.R. Mok (Viking) en HvJ EG 18 december 2007, nr. C-341/05, *Jur.* 2007, p. I-11767 en *NJ* 2008, 150 m.nt. M.R. Mok (Laval) waarin de rechtmatigheid van collectieve acties aan de orde was.

15 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 en *NJ* 2007, 34, m.nt. M.R. Mok, cf. 58 (Manfredi).

16 Zie HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 en *NJ* 2007, 34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi): '31 Voor het overige zij eraan herinnerd dat art. 81 EG en art. 82 EG bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast (zie in die zin arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, *Jurispr.* p. I-3055, punten 39 en 40).'

17 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357.

van de rechten die deze normen aan particulieren toekennen. Daarnaast biedt volgens het Hof de in artikel 10 EG vervatte gemeenschapstrouw een grondslag voor de schadevergoedingsplicht.¹⁸ Op basis van de jurisprudentie rondom het leerstuk van de lidstaataansprakelijkheid is het Hof vervolgens gekomen tot het bestaan van een schadevergoedingsplicht van particulieren.¹⁹ Daartoe stelt het Hof telkens drie cumulatieve eisen. Vereist is een schending van een regel van gemeenschapsrecht die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, er moet er sprake zijn van schade en er moet een direct causaal verband bestaan tussen de schending en de schade.²⁰

Met betrekking tot de omvang van de schadevergoeding die is veroorzaakt door een overeenkomst of gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, heeft het Hof uitdrukkelijk bepaald dat ook de gedeelde winst en rente tot de reële schade behoren.

Het Hof motiveert de vergoeding van gedeelde winst in het Manfredi-arrest als volgt:

‘De totale uitsluiting van winstderving als voor vergoeding in aanmerking komende schade kan immers in geval van schending van het gemeenschapsrecht niet worden aanvaard, omdat inzonderheid bij geschillen van economische of commerciële aard een dergelijke volledige uitsluiting van winstderving herstel van de schade feitelijk onmogelijk zou maken.’²¹

Dat tot volledige schadevergoeding ook de vergoeding van rente behoort, is dan al niet nieuw meer. Reeds sinds het in 1993 gewezen arrest Marshall-II is bekend dat rente niet alleen moet worden vergoed, maar dat de plicht daartoe begint te lopen vanaf het moment van het ontstaan van de vordering en niet, zoals tot dan toe gebruikelijk was, vanaf de datum van de uitspraak.²² Een andere les die uit dit arrest kan worden getrokken, is dat het beginsel van volledige schadevergoeding zich verzet tegen een in de

18 Zie HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (Francovich) en HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-01029 (Brasserie du Pêcheur).

19 HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297 (Courage/Crehan) en bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 en NJ 2007, 34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi; met verwijzing naar Courage/Crehan).

20 HvJ EG 4 juli 2000, nr. 352/98, *Jur.* 2000, p. I-5291 (Bergaderm).

21 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619, cf. 96 en NJ 2007, 34, m.nt. M.R. Mok (Manfredi).

22 HvJ EG 2 augustus 1993, nr. C-271/01, *Jur.* 1993, p. I-4367.

nationale wet opgenomen maximum.²³ Wanneer de totale schade dat maximum overstijgt, dient de betreffende bepaling buiten toepassing te blijven, aldus het Hof. Naar Nederlands recht kan men daarbij denken aan de fixatie van de wettelijke rente.²⁴ Het is niet ondenkbaar dat deze regeling naar de maatstaven van het Europese Hof tekortschiet in raakheid. De vraag is echter wat het alternatief zou moeten zijn.²⁵

Onder omstandigheden kan het zo zijn dat de hoogte van het toe te wijzen bedrag wordt gematigd of zelfs dat schadevergoeding in zijn geheel aan de gelaedeerde wordt onthouden. Die kwestie kwam aan de orde in het eerder genoemde arrest *Courage/Crehan*. Het ging in die zaak om caféhouder Crehan die zich in zijn overeenkomst met brouwer Courage geconfronteerd zag met een beding dat de exclusieve afname van bier van Courage regelde. Toen de brouwerij de caféhouder aansprak op betaling van geleverd bier beriep de caféhouder zich op nietigheid wegens schending van artikel 81 EG. Bovendien vorderde hij schadevergoeding, omdat hij door het afnamebeding bij Courage een hogere prijs voor zijn bier had betaald dan hij bij de concurrentie had kunnen bedingen. Naar Engels recht was het belangrijk dat Crehan zelf partij was bij de wegens schending van artikel 81 EG vernietigde (clausule uit de) overeenkomst. Het Hof besliste op basis van het effectiviteitsbeginsel dat artikel 81 EG zich ertegen verzet dat een regel van nationaal recht een partij belet vergoeding te vorderen van door de uitvoering van een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen veroorzaakte schade, op de enkele grond dat de verzoeker partij is bij die overeenkomst. Aan de *volle werking* van artikel 81 EG, in het bijzonder het *nuttig effect* van het in lid 1 daarvan neergelegde verbod, zou immers worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen. Een dergelijk recht maakt de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar, waardoor vaak verborgen overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden, aldus het Hof. Een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van artikel 81 EG kan zich dus op schending van deze bepaling beroepen om bescherming in rechte tegenover de andere contractspartij te verkrijgen. Zo snijdt het mes der effectiviteit aan twee

23 Het verbod van een maximum geldt ook in geval van immateriële schadevergoeding: HvJ EG 22 april 1997, nr. C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 en *NJ* 1998, 435 (Draehmpaehl).

24 Art. 6:119 en 6:119a jo. 6:120 BW.

25 Zie voor een beoordeling van de 'raakheid' van wettelijke rente naar nationaal recht de bijdrage van Gerrit Vis elders in deze bundel.

kanten. Meer algemeen roept het in dit arrest een schadevergoedingsplicht tussen particulieren in het leven en met betrekking tot de omstandigheden van het geval wordt eruit afgeleid dat zulks niet anders is wanneer eiser zelf partij was bij de vernietigde overeenkomst.

Toch laat het Hof wel enige ruimte voor matiging van het toe te wijzen bedrag aan vergoeding. Het gemeenschapsrecht staat er namelijk niet aan in de weg dat het nationale recht een partij die zelf in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging een recht op schadevergoeding van de contractspartij ontzegt. Dit overeenkomstig een beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend en door het Hof reeds is toegepast, inhoudende dat een justitiabele niet mag profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen, wanneer dit is komen vast te staan.²⁶ Voorwaarde daarbij is wel dat de beperkende maatregelen de toets der proportionaliteit kunnen doorstaan. Het Hof formuleert die toets als volgt:

‘(...) mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).’²⁷

Naar Nederlands recht kan men in zo’n geval denken aan het beginsel van eigen schuld (art. 6:101 BW). Voor toepassing van dit artikel in een geval als dat van Crehan is dan vereist dat de caféhouder zelf in aanzienlijke mate heeft bijgedragen aan de verstoring van de mededinging. Of daarvan sprake is, moet door de nationale rechter worden beoordeeld, maar het ligt in de rede dat zulks zelden het geval zal zijn. Daarbij dient namelijk te worden bedacht dat het Hof veel waarde hecht aan de positie van de partij die schadevergoeding vordert ten opzichte van de wederpartij. Het kan immers zo zijn dat die zich, net als Crehan, in een duidelijk zwakkere positie bevond waardoor de ‘vrijheid om over de clausules van bedoelde overeenkomst te onderhandelen alsmede haar vermogen om de schade te voorkomen of de omvang daarvan te beperken uiterst beperkt zo niet nihil waren.’²⁸

26 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297, cf. 31 (Courage/Crehan).

27 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 en *NJ* 2007, 34, m.nt. M.R. Mok, cf. 62 (Manfredi).

28 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297, cf. 33.

Los van de hiervoor genoemde, door het Europese Hof bepaalde gevolgen van het effectiviteitsbeginsel kan men zich afvragen of het Nederlandse schadevergoedingsrecht als zodanig wel voldoende doeltreffend is in geval van schending van mededingingsrecht. Deze vraag is reeds door Van der Wiel op overtuigende wijze beantwoord.²⁹ Hij werkt zijn bijdrage weliswaar uit aan de hand van kartelvorming, maar het maakt naar mijn mening voor de aard van de geleden schade niet uit of de overtreding van de mededinging uit kartelvorming bestaat of uit een verboden afnameverplichting, zoals in het geval van Crehan. In beide gevallen immers, wordt door de afnemer een prijs betaald die hoger ligt dan de marktprijs die zonder overtreding zou zijn betaald. Van der Wiel stelt het antwoord op de vraag naar doeltreffendheid afhankelijk van hetgeen van de gelaedeerde wordt gevergd met betrekking tot de vordering tot schadevergoeding. Daarbij onderscheidt hij drie soorten vorderingen: de prijsverhogingsvordering, de winstdervingsvordering en de winstafdrachtvordering. De prijsverhogingsvordering maakt het begroten van de schade relatief eenvoudig, omdat van een aantal lastig te bepalen hypothetische gegevens wordt geabstraheerd. De winstdervingsvordering is aantrekkelijk indien de afnemer aannemelijk kan maken dat hij onder een onverstoorde markt meer zou hebben omgezet en de winstafdrachtvordering ten slotte, is bruikbaar in gevallen waarin duidelijk is dat de laedens door het kartel (veel) meer extra winst heeft gemaakt dan het gevorderde bedrag. Van der Wiel concludeert dat de drie benaderingswijzen op zichzelf al voldoen aan de eis van effectiviteit, terwijl de gelaedeerde bovendien kan kiezen welke van de benaderingswijzen hij tot uitgangspunt neemt en hij ze desgewenst in de door hem gewenste volgorde primair, subsidiair en meer subsidiair kan aanvoeren. Dat rechtvaardigt volgens Van der Wiel de conclusie dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij schending van mededingingsrecht voldoende doeltreffend is.

7.5.2 *Indirecte horizontale werking*

Horizontale werking kan behalve direct ook indirect zijn. Van indirecte horizontale werking is sprake wanneer de invloed van gemeenschapsbepalingen verloopt via de open normen van het nationale recht. In dat verband is de (verdrags- of) richtlijnconforme uitleg een leidend leerstuk.

29 B.T.M. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht. Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', *NJB* 2009, p. 724-731.

7.5.2.1 Richtlijnconforme interpretatie en discriminatie

In geval van overtreding van een mededingingsregel is schade meestal zuiver financieel van aard. Heel anders ligt dat wanneer een discriminatiebepaling wordt geschonden. Een baanbrekend arrest op dat terrein is de zaak Von Colson en Kamann.³⁰ Dit arrest is om twee redenen van belang voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht. In de eerste plaats heeft het Hof in deze zaak op basis van het effectiviteitsbeginsel het leerstuk van richtlijnconforme interpretatie ontwikkeld.³¹ Daarmee breidde het de plicht die op de Nederlandse rechter rust om het Nederlandse recht uit te leggen in overeenstemming met verdragsbepalingen uit naar richtlijnen. Richtlijnen nemen het grootste deel van het Europese privaatrecht voor hun rekening. In de tweede plaats heeft het Hof in dit arrest bepaald dat er bij de handhaving van gemeenschapsrecht sprake moet zijn van een *doeltreffende* en afschrikwekkende sanctie.³²

Voor de Duitse rechter stond vast dat de deelstaat Nordrhein-Westfalen de dames Von Colson en Kamann had gediscrimineerd op grond van hun geslacht. De beide maatschappelijk werksters was namelijk een aanstelling in een gevangenis geweigerd, ten faveure van twee minder gekwalificeerde mannen. De Richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen (76/207/EEG) bevatte in haar oorspronkelijke versie in artikel 6 echter niet de verplichting voor lidstaten om hun nationale wetgeving te voorzien van een effectieve schadevergoedingssanctie op overtreding van het verbod van discriminatie. Bovendien bevat de richtlijn zelf geen regels ter zake. Artikel 6 bepaalde slechts in algemene bewoordingen dat een lidstaat ervoor moet zorgen dat een benadeelde zijn recht voor de nationale rechter kan doen gelden. Omdat het hier om een richtlijn gaat, is geen sprake van rechtstreekse werking. Richtlijnen scheppen slechts een verplichting voor lidstaten ten aanzien van het ermee beoogde resultaat. Dat betekent dat een sollicitant(e) aan wie in strijd met het discriminatieverbod een baan is geweigerd, slechts aanspraak kan maken op wat de wederpartij naar nationaal recht verplicht is te vergoeden. Duits recht stond destijds niet meer toe dan de vergoeding van 'Vertrauensschaden', waardoor Von Colson en Kamann slechts

30 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891.

31 Uitgebreid over richtlijnconforme interpretatie: M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001 en G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* deel 1, Deventer: Kluwer 2007, p. 97 e.v.

32 Dit is het laagste van de drie niveaus die ik in paragraaf 7.2 beschrijf.

de gemaakte sollicitatiekosten vergoed kregen.³³ In de praktijk kwam dat neer op een reiskostenvergoeding van (omgerekend zo'n) 3 euro 50. Het Europese Hof achtte die vergoeding te laag en oordeelde dat er door de Duitse regeling die werking gaf aan de richtlijn geen sprake was van een *doeltreffende* en afschrikwekkende sanctie. Inmiddels is artikel 6 van de richtlijn gewijzigd en bevat het de verplichting voor lidstaten om te zorgen voor een 'reële en effectieve compensatie op een wijze die afschrikkend is en evenredig aan de geleden schade'.³⁴

Het belang van deze uitspraak voor schadevergoedingsvorderingen tussen particulieren blijkt wanneer we de zaak Von Colson en Kamann bezien in samenhang met het eveneens op 10 april 1984 gewezen Harz-arrest.³⁵ In de zaak Von Colson was sprake van verticale werking omdat de werkgever een overheidslichaam was, maar in het Harz-arrest was sprake van een private werkgever. Daarmee aanvaardde het Hof de richtlijnconforme uitlegplicht ook voor horizontale situaties. De door het Hof gebruikte formule om de plicht tot richtlijnconforme interpretatie tot uitdrukking te brengen, is inmiddels veranderd. In het arrest Marleasing besliste het Hof dat de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht dit 'zo veel mogelijk' moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het daarmee beoogde resultaat te bereiken.³⁶ De term 'zo veel mogelijk' is tegenwoordig de standaardformule van het Hof. In het Pfeiffer-arrest ten slotte, heeft het Hof dienaangaande uitgelegd dat de rechter, door het gehele nationale recht in beschouwing te nemen, binnen zijn bevoegdheid al het mogelijke moet doen om de volle werking van een richtlijn te verzekeren.³⁷ Dat betekent dat de rechter gebruik moet maken van alle uitlegmethode die hem naar nationaal recht ter beschikking staan, inclusief die van de restrictieve uitleg. Een voorbeeld van dat laatste is te vinden in het arrest Ingeborg Buyck/Van den Aemele BV waarin een wetbepaling die vernietigbaarheid inhoudt, volgens de Hoge Raad zonder problemen restrictief kon worden geïnterpreteerd waardoor het ontslag niet vernietigbaar was, maar nietig.³⁸ In een andere zaak, waarin gehandeld

33 Nederlands recht hanteert daarvoor de term 'negatief belang', zie: Asser/Hartkamp 4-I, nr. 413.

34 Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

35 HvJ EG 10 april 1984, nr. 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921.

36 HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135.

37 HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 tot C-403/01, *Jur.* p. I-8835.

38 HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, m.nt. PAS.

was in strijd met het discriminatieverbod van artikel 7:646 BW (dat een implementatie is van Richtlijn 76/207/EEG) werd schadevergoeding geëist op basis van artikel 6:162 BW.³⁹ De Hoge Raad besliste dat het schuldvereiste van dat artikel niet van toepassing was omdat de richtlijn bepaalt dat de gevolgen van overtreding van de richtlijn voor rekening van de werkgever komen, ongeacht de vraag of schuld moet worden aangenomen.

De verplichting om de volle werking van een richtlijn veilig te stellen, geldt derhalve ook voor de rechter. Daartoe moet de rechter zijn nationale recht zo uitleggen dat het beantwoordt aan het met de richtlijn beoogde doel. Hij moet daarbij gebruikmaken van alle hem door zijn nationale recht toegekende interpretatiemethoden. Indien een lidstaat ervoor kiest schending van de richtlijn door middel van schadevergoeding te handhaven, moet er sprake zijn van een vergoeding die in een passende verhouding staat tot de geleden schade. Alleen dan zijn het afschrikwekkend effect en de doeltreffendheid ervan verzekerd.

Stel dat niet Frau Von Colson en Frau Kamann zijn gediscrimineerd tijdens een sollicitatieprocedure, maar mevrouw Van Dijk en mevrouw Jansen. Hoe kan de Nederlandse rechter hun probleem dan oplossen? Om te beginnen is de rechter verplicht de volle werking van een richtlijn te verzekeren overeenkomstig het ermee beoogde doel. Hij moet daartoe alle maatregelen treffen. Dat een gediscrimineerde sollicitant de baan alsnog krijgt, ligt ook in Nederland niet voor de hand. Enerzijds verlangt de richtlijn dat niet en anderzijds is een dergelijke maatregel, hoewel wellicht niet onmogelijk, op zijn minst hoogst ongebruikelijk. Daarnaast moet worden bedacht dat de beide vacatures inmiddels al zijn vervuld. Dat betekent dat handhaving van het verbod op discriminatie gerealiseerd wordt met behulp van het schadevergoedingsrecht. Op welke wijze kan de Nederlandse rechter komen tot een schadevergoeding die recht doet aan het beginsel van effectiviteit en aan de preventieve werking waarop het afschrikwekkende effect ziet? Hij mag daartoe, aldus het arrest, ten volle gebruikmaken van de beoordelingsvrijheid die hem naar Nederlands recht toekomt.

Het Nederlandse privaatrecht kent een eigen 'variant' van fundamentele rechten. Daarbij gaat het om subjectieve rechten die betrekking hebben op fundamentele persoonsbelangen en die plegen te worden aangeduid als

39 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 224, m.nt. PAS onder *NJ* 1992, 225 (Dekker/VJV).

persoonlijkheidsrechten.⁴⁰ Onder die noemer valt ook het recht om niet te worden gediscrimineerd. In de literatuur⁴¹ en rechtspraak⁴² wordt aangenomen dat schending van een fundamenteel recht als zodanig grond kan zijn voor het aanvaarden van een recht op schadevergoeding. Artikel 95 BW bepaalt dat voor vergoeding in aanmerking komt vermogensschade en ander nadeel. Veelal zal in het geval van discriminatie geen sprake zijn van aantoonbare vermogensschade van betekenis. Door het begrip ‘aantasting van de persoon’ in de zin van artikel 6:106 lid 1 onder b BW zo te interpreteren dat daaronder – ook bij afwezigheid van lichamelijk of geestelijk letsel – schendingen van het recht op gelijke behandeling worden verstaan, kan schadevergoeding worden toegekend op basis van ander nadeel. Op die manier wordt tegemoetgekomen aan de hoge waardering die het recht op gelijke behandeling geniet. Duidelijk is dus dat de Nederlandse rechter bij de handhaving van Europese discriminatieverboden aan zijn verplichting zoals geformuleerd in het Von Colson-arrest kan voldoen door smartengeld toe te wijzen. De vraag die vervolgens rijst is hoe hoog dat bedrag moet zijn.

Uit jurisprudentie van het Europese Hof blijkt dat onderscheid mag worden gemaakt tussen de situatie waarin de werkgever erin slaagt te bewijzen dat de afgewezen sollicitant de baan ook niet zou hebben gekregen indien hij niet was gediscrimineerd omdat de aangestelde sollicitant geschikter was en de situatie waarin de afgewezen sollicitant zou zijn aangenomen indien hij niet was gediscrimineerd. In het eerste geval mag aan de vergoeding een maximum worden gesteld, in het tweede geval niet.⁴³ Omdat de dames Von Colson en Kamann zijn gepasseerd ten faveure van twee minder gekwalificeerde kandidaten, geldt dat hen volledige vergoeding toekomt. Daarnaast is van belang dat de dames slechts recht hadden op vergoeding van ‘Vertrauensschaden’ (negatief belang). Daarom ga ik er voor de Nederlandse situatie vanuit dat beide dames geen aantoonbare vermogensschade hebben geleden. Handhaving geschiedt derhalve wegens schending van het recht op gelijke behandeling als zodanig.

40 S.D. Lindenbergh, ‘Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ 21), Deventer: Kluwer 2005, p. 315.

41 Bijvoorbeeld: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, Hoofdstuk 5, alsmede ‘De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht’, *TPR* 1999, p. 1693, en: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 487 e.v.

42 Bijvoorbeeld: HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

43 HvJ EG 22 april 1997, nr. C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 (Drachmpaehl).

Bij de bepaling van de hoogte van het bedrag aan smartengeld moet de rechter met een aantal zaken rekening houden. Als gezegd eist het Europese Hof enerzijds dat de compensatie reëel, effectief en afschrikwekkend is, maar anderzijds dat zij in een passende verhouding tot de geleden schade staat. Tussen deze tegengestelde krachten moet de rechter, beoordeeld naar de omstandigheden van het geval, het midden zien te vinden. Tegelijkertijd moet hij ervoor zorgen dat zijn uitspraak ‘past’ in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. De eis dat de compensatie effectief en afschrikwekkend is, roept, zo lijkt het, om een fors bedrag aan schadevergoeding. Het is in ons land echter gebruikelijk om, zeker gezien vanuit rechtsvergelijkend perspectief, terughoudend te zijn met bedragen ter vergoeding van immateriële schade. Zijn de bedragen voor vergoeding van letselschade al bescheiden, de vergoedingen voor schending van persoonlijkheidsrechten, zoals aantasting van de eer of goede naam of een inbreuk op de privacy, zijn naar mijn mening ronduit laag te noemen.⁴⁴ Wanneer nu de rechter begint te strooien met enorme bedragen aan smartengeld voor schendingen van het recht op gelijke behandeling – ik denk aan vergoedingen van minimaal 25.000 euro –, voldoet hij weliswaar aan zijn Europeesrechtelijke verplichting om tot een effectieve en vooral afschrikwekkende sanctie te komen, maar komt zijn nationale verantwoordelijkheid onder druk te staan. In de eerste plaats ligt een wetsconflict op de loer. Lid 1 van artikel 6:106 BW bepaalt namelijk dat de hoogte naar billijkheid moet worden vastgesteld. Hoewel het de rechter is die bepaalt wat billijk is, betekent dat niet dat de billijkheid uitsluitend wordt bepaald door de afschrikwekkendheid van de toe te kennen vergoeding. In dat geval zou namelijk uitsluitend gelden: hoe hoger, hoe afschrikwekkender, maar dan bestaat het gevaar dat de gelaedeerde profiteert van zijn schadevergoeding en aldus ongerechtvaardigd wordt verrijkt. In de tweede plaats kan de onderlinge samenhang van het nationale schadevergoedingsrecht in het gedrang komen. Wanneer immers de vergoedingen van immateriële schade voor schending van EG-recht een stuk hoger komen te liggen en de smartengeldbedragen in gevallen die niet zijn terug te voeren op regels van Europees recht niet meestijgen, dan raken de verhoudingen zoek. Het is naar mijn mening niet goed te verdedigen dat een gelaedeerde die ‘toevallig’ een beroep op een regel van EG-recht kan doen een groot voordeel geniet ten opzichte van slachtoffers die het voor verhaal van hun immateriële schade zonder Europese regel moeten stellen.

44 De ANWB geeft in de smartengeldgids een overzicht van in Nederland toegekende bedragen voor vergoeding van immateriële schade. Enkele voorbeelden daaruit zijn: € 8.507 aan de nabestaanden van een gezagvoerder wegens aantasting van de eer en goede naam (2002) en € 2.120 voor een inbreuk op de privacy (2007).

Uit het voorgaande volgt dat de rechter uit Europees oogpunt bij de toewijzing van bedragen aan immateriële schadevergoeding de grens van het naar nationaal recht toelaatbare moet opzoeken. Waar die grens precies ligt, is lastig te zeggen, maar het lijkt mij evident dat het Gerechtshof Amsterdam hem niet heeft gevonden toen het aan een gediscrimineerde werknemer in het kader van de Algemene wet gelijke behandeling – die onder andere een implementatie is van de Europese Richtlijn ras en etnische afkomst (2000/43/EG) – een schadevergoeding toekende van 750 euro.⁴⁵ Met een dergelijk laag bedrag is moeilijk vol te houden dat sprake is van een effectieve en afschrikwekkende sanctie.

7.5.2.2 *Richtlijnconforme interpretatie en productaansprakelijkheid*

De meeste richtlijnen bevatten geen bepaling die expliciet de sanctiëring regelt, waarmee in de handhaving van de richtlijn wordt voorzien. De Richtlijn productaansprakelijkheid (1985/374/EG) is wat dat betreft een vreemde eend in de bijt. Artikel 6:190 BW, dat een implementatie is van de richtlijn, bepaalt namelijk expliciet voor welke soorten schade aansprakelijkheid bestaat. De richtlijn roept geen aansprakelijkheid in het leven voor schade aan het product zelf (transactieschade). Alleen gevolgschade wordt gedekt. In lid 2 onder b wordt gesproken van schade aan een andere zaak, terwijl in lid 1 onder a wordt bepaald dat schade door dood of lichamelijk letsel tot aansprakelijkheid leidt.

Naar Nederlands recht bestaat onder voorwaarden een recht op vergoeding van schade in geval van geestelijk letsel waarbij niet tevens sprake is van lichamelijk letsel. Een bekend arrest in dat verband is het Taxibus-arrest.⁴⁶ In een zaak die diende voor het Hof Den Bosch stond ter beoordeling of een dergelijke vergoeding toegewezen kon worden op grond van artikel 6:190 BW.⁴⁷ In deze zaak claimen appellanten schadevergoeding omdat ze psychisch letsel hebben opgelopen als gevolg van het in brand vliegen van hun auto tijdens een reis door Frankrijk. De auto is op de vluchtstrook volledig uitgebrand, maar omdat eisers tijdig uit het voertuig wisten te komen, was van lichamelijk letsel geen sprake. Het Hof verwierpt de eis door te overwegen dat ‘of en in hoeverre in geval van productaansprakelijkheid

45 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; Hof Amsterdam 29 mei 2008, *JAR* 2008, 219.

46 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken.

47 Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2009, *LJN* BJ7299, *JA* 2010, 7, m.nt. Van der Zalm.

vergoeding van immateriële schade mogelijk is, door de Richtlijn aan het nationale recht wordt overgelaten. De vraag of de vordering van appellanten toewijsbaar is wordt dus uitsluitend geregeld door artikel 6:190 BW.’ Vervolgens concludeert het Hof dat schade die uitsluitend bestaat uit geestelijk letsel en niet is veroorzaakt door lichamelijk letsel, daar niet onder valt. Aan toepasselijkheid van artikel 6:106 BW, dat in algemene zin regelt in welke gevallen recht bestaat op vergoeding van immateriële schade, wordt volgens het Hof niet toegekomen ‘aangezien dat artikel in geval van productaansprakelijkheid terzijde wordt gesteld door artikel 6:190 BW.’

In haar noot onder het arrest behandelt Van der Zalm naar mijn mening terecht het leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie. Zij ziet daarin een mogelijkheid om schade als gevolg van uitsluitend psychisch letsel onder het schadebegrip van artikel 6:190 BW te brengen. Een andere mogelijkheid is, aldus Van der Zalm, het ruim interpreteren van de term ‘lichamelijk letsel’ uit dat artikel. Anders dan Van der Zalm, die in haar noot lijkt uit te gaan van een keuze voor de rechter, ben ik van mening dat het door het Europese Hof van Justitie in het Von Colson-arrest uitgewerkte effectiviteitsbeginsel met zich brengt dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie altijd bestaat wanneer de rechter moet oordelen in een zaak waarin een richtlijn centraal staat. Het gaat er slechts om of hij daarbij de juiste afweging maakt. Aldus luidt de vraag bij dit arrest of richtlijnconforme interpretatie ertoe leidt dat het gerechtshof schade die uitsluitend het gevolg is van psychisch letsel binnen het bereik van artikel 190 BW had moeten brengen *door* ‘lichamelijk letsel’ ruim uit te leggen. De ruime uitleg is mijns inziens niet het alternatief voor richtlijnconforme interpretatie, maar er – eventueel – een gevolg van.

De vraag die nu dus moet worden beantwoord, is of ruime uitleg van ‘lichamelijk letsel’ in dit geval de voorkeur geniet. Het antwoord op die vraag hangt af van twee factoren. In de eerste plaats moet worden nagegaan of Europa er bezwaar tegen heeft dat schade die uitsluitend door psychisch letsel is veroorzaakt wordt vergoed en in de tweede plaats moet worden bekeken of een dergelijke vergoeding, alles in ogenschouw nemend, wenselijk is. Het Europese Hof van Justitie heeft in twee op dezelfde dag gewezen arresten bepaald dat de richtlijn, voor punten die zij regelt, volledige harmonisatie nastreeft en dat lidstaten, tenzij dit expliciet wordt toegestaan, geen mogelijkheid hebben om van de richtlijn af te wijken, ook niet ten voordele van de consument.⁴⁸ Vergoeding van immateriële schade valt weliswaar

48 HvJ EG 25 april 2002, nr. C-52/00, *Jur.* 2002, p. I-3827 (Commissie/Frankrijk) en HvJ EG 25 april 2002, nr. C-154/00, *Jur.* 2002, p. I-3879 (Commissie/Helleense Republiek).

buiten het bereik van de richtlijn, maar in artikel 9, dat het schadebegrip uiteenzet, wordt uitdrukkelijk bepaald dat nationale bepalingen met betrekking tot immateriële schade onverlet worden gelaten.⁴⁹ Daaruit blijkt dat de richtlijn vergoeding van schade veroorzaakt door uitsluitend psychisch letsel in elk geval niet uitsluit. Maar wat vindt ‘Europa’ ervan? Om daarachter te komen is het opportuun om, zoals Van der Zalm in haar noot doet, te kijken naar wat zich achter de schermen heeft afgespeeld. In 1997 heeft de EU-Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming een voorstel gedaan om ‘psychisch letsel’ expliciet op te nemen in artikel 9 van de richtlijn.⁵⁰ In de toelichting is te lezen dat met het oog op de gezondheid van de consument juist aan dit soort aandoeningen bijzondere aandacht geschonken dient te worden. Het voorstel is weliswaar niet goedgekeurd, maar daarbij moet worden bedacht dat het niet om principiële redenen is afgewezen. Volgens de EU-Commissie juridische zaken en rechten van de burger (hierna: de Commissie juridische zaken) zou het recht van wetgevingsinitiatief dat uitsluitend de Europese Commissie toekomt op onaanvaardbare wijze worden ondermijnd. Bovendien vraagt de Commissie juridische zaken zich af of er wel sprake is van een reeel probleem.⁵¹ De nationale uitvoeringswetgeving van enkele lidstaten zou immers al betrekking hebben op vergoeding van (uitsluitend) psychisch letsel. De Commissie juridische zaken is daarop van mening dat een voorstel pas kan worden aangenomen wanneer de rechtsgevolgen zijn onderzocht. Daarbij wordt bedoeld op een beoordeling van de juridische context en de economische gevolgen. Uit dit alles blijkt dat er geen principieel bezwaar bestaat tegen de vergoeding van schade wegens psychisch letsel. Sterker nog, de Commissie merkt expliciet op dat dit in enkele lidstaten al het

49 Zie ook: HvJ EG 10 mei 2001, nr. C-203/99, *Jur.* 2001, p. I-3569 en VR 2001, 111 (Veedfald/Århus Amtskommune).

50 Wijzigingen van de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming van het wetgevingsvoorstel van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, (COM(97)0478 - C4-0503/97 - 97/0244(COD)), ontwerpverslag (PE 225.962), amendement 5.

51 Advies van de rapporteur van de Commissie juridische zaken en rechten van de burger aan de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, (COM(97)0478 - C4-0503/97 - 97/0244(COD)), (PE 225.962(def.)), conclusies 5-7.

geval is en noemt als voorbeeld Duitsland,⁵² dat onder de bescherming van ‘gezondheid’ ook psychisch letsel verstaat.⁵³

De voorgaande argumenten op een rij zettend, concludeer ik dat er vanuit Europa geen bezwaar bestaat tegen ruime interpretatie van het begrip lichamelijk letsel en dat er nu al lidstaten zijn waarin een dergelijke interpretatiemethode wordt toegepast. Dat betekent dat de Nederlandse rechter door ruim uit te leggen op twee wijzen bijdraagt aan de doelstellingen van de richtlijn. Enerzijds wordt in dat geval de gezondheid van Nederlandse consumenten beter beschermd en anderzijds wordt de harmonisatie van de richtlijn binnen Europa vergroot. Maar er is nog een derde argument. Door af te zien van ruime interpretatie houdt de rechter bewust het onderscheid in stand tussen de situatie waarin de consument alleen psychisch letsel heeft opgelopen en de situatie waarin ook sprake is van lichamelijk letsel. Daardoor wordt het echtpaar in kwestie, dat – gelukkig voor hen – op tijd uit de auto kon komen, als het ware de dupe van hun eigen geluk. Ik zie niet in waarom een slachtoffer dat compleet ontredderd, doch fysiek ongeschonden, uit een brandende auto weet te komen geen recht heeft op schadevergoeding, terwijl een slachtoffer dat daarbij – laat ik het mild houden – enige brandwonden oploopt, dat recht wel heeft. De onwenselijke situatie ontstaat dan dat een consument met het oog op eventueel te verkrijgen schadevergoeding juist bewust gezondheidsrisico’s moet nemen.

Nu is gebleken dat Europa geen probleem heeft met ruime interpretatie van het begrip lichamelijk letsel, dat er al lidstaten zijn waarin louter psychisch letsel voor schadevergoeding in aanmerking komt en dat de huidige situatie een niet te verdedigen onderscheid in stand houdt, concludeer ik dat er meer is te zeggen voor ruime interpretatie dan voor de restrictieve interpretatie van het gerechtshof in Den Bosch.

7.6 Conclusie

De gevolgen van het effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren zijn divers en manifesteren zich op verschillende niveaus. Om te beginnen vereist het beginsel dat er voor een gelaedeerde, die schade heeft geleden wegens schending van EG-recht, te allen tijde een gang tot de rechter mogelijk moet zijn. Daarnaast heeft het effectiviteitsbeginsel gevolgen voor situaties waarin sprake is van directe werking van gemeenschapsrecht. Het gaat in die gevallen vrijwel

⁵² Zie art. 1 lid 1 ProdHaftG.

⁵³ De Commissie juridische zaken en rechten van de burger verwijst naar: Medicus, Schuldrecht II, 8a ed., München 1997, p. 366.

altijd om een overtreding van mededingingsregels. In de eerste plaats is het beginsel van effectiviteit indirect verantwoordelijk voor het bestaan van een schadevergoedingsplicht voor particulieren. In de tweede plaats leidt het ertoe dat tot volledige schadevergoeding ook de vergoeding van rente en gederfde winst behoort en in de derde plaats stelt het een grens aan matiging van het bedrag aan schadevergoeding op basis van eigen schuld van de gelaedeerde. Een niveau hoger vereist het effectiviteitsbeginsel dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht als zodanig effectief is, hetgeen door Van der Wiel overtuigend is aangetoond. In situaties waarin sprake is van indirecte werking van gemeenschapsrecht heeft het effectiviteitsbeginsel geleid tot het leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie. Wanneer een rechter moet oordelen in een zaak waarin een beroep wordt gedaan op een (geïmplementeerde) bepaling uit een richtlijn is richtlijnconforme interpretatie geen keuze maar een plicht. Wat precies de gevolgen zijn van de indirecte horizontale uitwerking van het effectiviteitsbeginsel, is in zijn algemeenheid niet te zeggen. Bepalend zijn steeds de omstandigheden van het geval in samenhang met de bepalingen van de richtlijn in kwestie. Soms spitst richtlijnconforme interpretatie zich toe op de vraag of een bepaald soort schade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl in andere gevallen louter een afweging behoeft te worden gemaakt omtrent de hoogte van het toe te wijzen bedrag. Bovendien heeft de rechter niet in alle gevallen evenveel beoordelingsvrijheid. Er is vrijwel altijd sprake van een spanningsveld tussen het nationale schadevergoedingsrecht en de Europese eis van effectiviteit. Naar mijn mening dient de rechter daarin niet te terughoudend te zijn en op zoek te gaan naar de grens van hetgeen naar Nederlands recht in redelijkheid toelaatbaar is.

VIII Wettelijke rente, tijd om het zwaard opnieuw te slijpen?

G.G.J. Vis

In deze bijdrage wordt onderzocht hoe raak de remedie wettelijke rente is. Via wettelijke rente is het mogelijk de ontstane schade te verhalen op degene die te laat betaalt. Deze schade bestaat uit de rente waartegen vervangend geld kan worden geleend. De wet fixeert de schadevergoeding op een vast percentage van de te betalen som. Is dit percentage hoog genoeg om het doel, vergoeding van de echte schade, te bereiken? Uit de economische analyse blijkt dat de rentevoet te laag is. Wettelijke rente bestaat ook in een tweede vorm, namelijk handelsrente. Deze vorm heeft als hoofddoel ondernemingen aan te sporen tot gewenst betalingsgedrag. Handelsrente blijkt echter te laag om effectief te zijn, het heeft onvoldoende afschrikwekkende werking. De pakkans is laag door economische drempels en betalingscultuur. Het systeem op zich is echter goed, de rentevoet moet alleen naar boven worden bijgesteld om aan de huidige marktomstandigheden recht te doen. Flankerend beleid dat de pakkans vergroot kan de effectiviteit van deze remedie in belangrijke mate verhogen. De conclusie is dat wettelijke rente in beide vormen niet raak is, maar het wel kan zijn.

8.1 Inleiding

Wettelijke rente is de schadevergoeding verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom. Deze regel is al vanaf het begin in het Burgerlijk Wetboek te vinden en heeft zijn oorsprong in de Code Civil van 1804. In feite komt hij neer op fixatie van de schade die een crediteur lijdt. Ook in andere Europese codificaties van het burgerlijk recht heeft de wettelijke rente zijn plaats gevonden.¹ Onder de Common Law was deze rechtsfiguur tot voor kort onbekend.

Onder invloed van Europees recht wordt dit rechtsgebied meer eenvormig. Op 8 augustus 2000 trad een richtlijn van de EG in werking die een

1 Zie o.a.: Frankrijk 1153; België 1153; Duitsland 288; Oostenrijk 1333; Zwitserland, O.R. 104; Italië 1224; Griekenland 345; Polen 248; Hongarije 301.

wettelijke rente voor handelstransacties introduceerde.² Het doel van deze richtlijn is het terugdringen van betalingsachterstanden. Deze verstoren namelijk de interne markt.³ De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn geïmplementeerd in het nieuwe artikel 6:119a BW naast de ‘oude’, in artikel 6:119 BW neergelegde, regeling.⁴ De rente wordt berekend aan de hand van de herfinancieringsrente van de Europese Centrale Bank (ECB) plus 7% en wordt ook wel handelsrente genoemd.⁵ Sinds de implementatie kennen alle lidstaten van de EU, dus ook het Verenigd Koninkrijk, deze vorm van wettelijke rente.

Het niveau van de handelsrente is circa 5% hoger dan de wettelijke rente van artikel 6:119 BW en is momenteel meer dan twee keer zo hoog. In de uitwerking van de desbetreffende artikelen zijn ook verschillen te ontdekken. Dit roept verschillende vragen op. In het licht van het onderwerp ‘rake remedies’ springen er een aantal uit naar voren. In hoeverre zijn deze twee vormen van wettelijke rente te zien als één remedie? Of wordt hetzelfde middel gebruikt met een verschillend doel? Wordt dat doel dan ook bereikt, of sorteert het middel een ander effect dan het beoogde? Als laatste speelt de vraag in hoeverre deze twee vormen van wettelijke rente bestaansrecht hebben naast elkaar. Deze vragen kunnen ondergebracht worden in de centrale vraag van dit hoofdstuk: *hoe raak is wettelijke rente?* Per definitie kan hier niet alleen het juridische perspectief van belang zijn. Raakheid van rente dwingt immers direct in de richting van het economische perspectief.

In 2006 is een rapport verschenen dat de implementatie van de richtlijn evalueert.⁶ Momenteel wordt gewerkt aan een aangepaste richtlijn die de oude richtlijn moet gaan vervangen. Het voorstel ligt nu bij de Commissie.⁷ De twee vormen van wettelijke rente bestaan nu enkele jaren naast elkaar.

2 Richtlijn nr. 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEG* 2000, L 200/35).

3 Richtlijn nr. 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEG* 2000, L 200/35), Considerans sub 12 en 16.

4 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, nr. 1-2.

5 De Nederlandse Bank, <www.dnb.nl>, onder statistiek.

6 J. Albert, *Review of the effectiveness of European Community legislation in combating late payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>.

7 Com (2009) 126, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (Herschikking) Tenuitvoerlegging van de ‘Small Business Act’.

Het is dus een gepast moment voor de wetgever om zich te bezinnen op de rol van wettelijke rente.

De nieuwe vorm van wettelijke rente, de wettelijke rente voor handelstransacties, wordt aangeduid met handelsrente. Handelstransacties zijn overeenkomsten tussen professionele partijen. Met wettelijke rente wordt in het vervolg van het hoofdstuk de regel van artikel 6:119 BW bedoeld. Wettelijke rente en handelsrente (art. 6:119a BW) vormen samen de sanctie die schadevergoeding oplegt wegens vertraging in de voldoening van een geldsom.

De hier te beantwoorden onderzoeksvraag laat zich opdelen in een aantal deelvragen. De eerste deelvraag is hoe de raakheid van wettelijke rente kan worden bepaald. Wettelijke rente wordt als remedie omschreven. Het doel en het perspectief van wettelijke rente en handelsrente kunnen worden bepaald en van elkaar worden onderscheiden. De volgende deelvraag zoekt het antwoord op de vraag hoe raak wettelijke rente is. Wat is de norm die de regel tot uitdrukking brengt en hoe werkt de regel? Vervolgens wordt geanalyseerd waaruit de schade die wettelijke rente moet vergoeden, bestaat. Ook de opbouw van de schadevergoeding wordt geanalyseerd. Door de schade met de schadevergoeding te vergelijken, kan de raakheid van wettelijke rente worden bepaald. De derde deelvraag volgt dezelfde exercitie voor de vraag: hoe raak is handelsrente? De evaluatie van de richtlijn levert enkele waardevolle inzichten op. Kan handelsrente een prikkel geven aan ondernemingen om gewenst gedrag te vertonen? Ten vierde wordt beoordeeld of het systeem van wettelijke rente en handelsrente raak is. Hebben de twee vormen van wettelijke rente bestaansrecht naast elkaar, of moet een andere oplossing worden gezocht? Tot slot worden de conclusies samengevat en wordt de onderzoeksvraag beantwoord.

8.2 Doel en perspectief van de remedie

Raakheid is te definiëren als de mate waarin het doel wordt getroffen.⁸ Een zin is bijvoorbeeld raak als deze treffend, scherp en juist is geformuleerd. Een remedie is een middel of maatregel tot herstel of tot opheffing van een bepaalde ongewenste toestand. Dit middel kan ingezet worden ter voorkoming of ter genezing van een kwaal. De remedie wettelijke rente is raak naar de mate waarin dit doel, voorkoming of genezing van de kwaal, wordt bereikt. Wat is dan het doel van wettelijke rente en handelsrente?

8 Groot woordenboek der Nederlandse taal.

Het doel van wettelijke rente is schadevergoeding, een herstellende remedie die wordt toegepast als de schade al is ontstaan, het perspectief is ex post. De schade wordt gefixeerd op de wettelijke rente. Dit kan gezien worden als een vorm van abstractie bij schadevaststelling die uit de wet voortvloeit.⁹ Ongeacht hoeveel schade een crediteur lijdt, heeft hij recht op wettelijke rente, niet meer en ook niet minder.¹⁰ Dit is bijzonder; er wordt voorbijgegaan aan het beginsel van volledige vergoeding van de werkelijke schade.¹¹

Tijdens de totstandkoming van het nieuw Burgerlijk Wetboek is overwogen of het fixatiesysteem van artikel 1286 oud BW gehandhaafd moest worden. Hiervoor is gekozen omdat het praktische voordelen heeft.¹² Het voorkomt onder meer bewijsproblemen voor de eiser. Het is lastig om de daadwerkelijke schade aan te tonen. De Toelichting Meijers geeft aan dat het billijk kan zijn om toe te laten dat aanvullende schadevergoeding kan worden gevraagd, maar dat dat niet praktisch is.¹³ Als spiegelbeeld hiervan is het eveneens billijk om een lagere schadevergoeding toe te kennen als de werkelijke schade lager is. Dit is echter ook niet praktisch. Dat neemt niet weg dat de regel van wettelijke rente per saldo billijk moet zijn. Daarom moet de toegekende schadevergoeding ongeveer overeenkomen met de werkelijke schade.

Handelsrente is ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 2000/35/EG. Uit deze richtlijn is ook het doel van deze regel af te leiden. Betalingsachterstanden moeten voorkomen worden.¹⁴ Betalingsachterstand is een van de oorzaken van problemen met geldstromen (cashflow). Problemen met cashflow zijn een belangrijke oorzaak van insolventie. Insolventie heeft weer verlies van werkgelegenheid tot gevolg.¹⁵ Het afnemen van betalingsachterstanden zou dus moeten zorgen voor minder verlies van werkgelegenheid. De remedie is dus sterk gericht op het voorkomen van betalingsachterstanden

-
- 9 J. Spier e.a., *Studiereeks burgerlijk recht, 5. Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 208.
 - 10 HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 (Ahold c.s./Staat).
 - 11 S.D. Lindenbergh, *Monografieën BW B-34, Schadevergoeding algemeen deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 10-12.
 - 12 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 467.
 - 13 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 467.
 - 14 Richtlijn nr. 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEG* 2000, L 200/35), Considerans sub 12 en 16.
 - 15 Richtlijn nr. 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEG* 2000, L 200/35), Considerans sub 7.

en de negatieve gevolgen daarvan. Hier ligt dus de nadruk op het ex ante-perspectief. Het doel van handelsrente en wettelijke rente lijkt daarom verschillend. Handelsrente belichaamt echter tegelijkertijd het doel schadevergoeding. De hoofdzaak is wel primair het voorkomen van betalingsachterstanden. Voor zover de rente de werkelijke schade te boven gaat, kan handelsrente als punitieve ‘vergoeding’ worden gezien.

Het middel dat gebruikt wordt, is in beide gevallen hetzelfde: fixatie van de rentevoet. De beeldspraak van de geneeskunst kan opnieuw worden gehanteerd. Zowel handelsrente als wettelijke rente gebruikt hetzelfde middel, echter in een andere dosering en ter bestrijding van verschillende kwalen. Omdat het middel hetzelfde is, kan wettelijke rente als één remedie worden beschouwd die op verschillende wijzen wordt toegepast. In de volgende paragrafen zal per wijze van toepassing de raakheid worden beoordeeld.

8.3 Hoe raak is wettelijke rente?

8.3.1 *Norm en regel*

Wettelijke rente is een uitdrukking van de norm dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden (art. 6:74 BW). Deze tekortkoming moet toerekenbaar zijn. Bij wettelijke rente gaat het om niet-nakoming van de verbintenis tot betaling van een geldsom. Deze verbintenis vloeit niet alleen rechtstreeks voort uit overeenkomst, maar bijvoorbeeld ook uit wanprestatie of onrechtmatige daad. De vertraging in de nakoming moet aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.¹⁶ De rente is verschuldigd over de periode dat de schuldenaar in verzuim is. Hij laat na te betalen en de termijn voor betaling is verstreken. De vordering moet dus opeisbaar zijn geworden, dit ligt in de eis van vertraging besloten. Voor het intreden van verzuim is ingebrekestelling nodig (art. 6:82 BW). Er zijn wel enkele uitzonderingsgevallen. Een belangrijke, relevante uitzondering is dat voor verbintenissen die voortvloeien uit onrechtmatige daad het verzuim bij niet-nakoming direct intreedt (art. 6:83 sub b BW).

8.3.2 *Schade*

Het doel van deze regel, de functie die hij vervult, is schadevergoeding. Waaruit bestaat de schade die vergoed dient te worden?

¹⁶ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 212.

In de eerste plaats bestaat zij uit de schade die direct uit de vertraging voortvloeit. Deze schade wordt aangeduid met de term *moratoire interest*. Voor de wetswijziging van 1970 zag men dit als de rente die men had kunnen maken door het geld rentedragend op een bankrekening te zetten. Na deze wetswijziging zag men de schade als de rente waartegen bij uitblijven van betaling elders vervangend geld kan worden opgenomen.¹⁷ Afhankelijk van de vraag hoeveel financiële middelen beschikbaar zijn, moet vervangende financiering worden gezocht. Voor een onderneming vertaalt het debiteurensaldo zich direct naar de benodigde hoeveelheid werkkapitaal. De gederfde inkomsten ten gevolge van het missen van lucratieve investeringsmogelijkheden mogen niet als schade worden meegenomen. Dergelijke mogelijkheden kunnen met vervangende financiering worden gestart. De schade bestaat dan niet uit de gederfde opbrengst, maar uit de kosten van financiering.

Een tweede vorm van schade is compensatoire interest. Ter voorkoming van verdere schade of tot beperking daarvan heeft de schuldeiser maatregelen moeten nemen die geld kosten. Hiervoor heeft hij rentedragende uitstaande geldsommen moeten vrijmaken of tegen betaling van rente geld moeten opnemen. De rente, die moet worden betaald over het geldbedrag dat hiermee gemoeid gaat, wordt aangeduid als compensatoire interest.¹⁸ De huidige bepaling laat geen ruimte voor vergoeding van deze schade.¹⁹

Een derde vorm van schade die zich voordoet, is schade ten gevolge van inflatie. In tijden van economische groei is deze hoger dan in tijden van economische neergang. De gemiddelde inflatie in de periode 1990 t/m 1999 was 2,54%, in de periode 2000 t/m 2009 was de gemiddelde inflatie 2,19%, maar begin 2010 ligt de inflatie zelfs onder de 1%.²⁰ De schuldeiser kan slechts het niet-betaalde bedrag vorderen, geen correctie voor inflatie. Dit vloeit voort uit het nominaliteitsbeginsel.²¹

Een ander nadeel voor de schuldeiser is koerswijzigingsschade. Wettelijke rente is ook van toepassing op vorderingen in andere valuta's dan de

17 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 473.

18 L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 286-287.

19 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 475-476.

20 Centraal Bureau voor de Statistiek, <www.cbs.nl>.

21 L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 278.

Nederlandse munteenheid.²² Koersen op de valutamarkt kunnen flink bewegen. De schade kan dan ook aanzienlijk zijn als de uitgaven en ontvangsten van de schuldeiser in die vreemde valuta niet in balans zijn. Vergoeding van deze schade kan afzonderlijk gevorderd worden. Wettelijke rente hoeft deze schade dus niet te vergoeden.

Als betaling van de vordering uitblijft, gaat de crediteur tot actie over. Er volgen diverse aanmaningen tot betaling en uiteindelijk kan een deurwaarder worden ingezet. Deze buitengerechtelijke kosten kunnen afzonderlijk in een procedure worden gevorderd en vallen dus niet onder de regeling van wettelijke rente.²³

8.3.3 *Effectiviteit*

Wettelijke rente is raak als het doel schadevergoeding wordt bereikt. Minimaal wordt altijd de wettelijke rente als schadevergoeding toegekend. Hebben partijen op basis van artikel 6:119 lid 3 BW een hogere contractuele rente bedongen dan wordt de schade vergoed volgens partijafpraak. Lid 3 wordt zo uitgelegd dat een contractuele rente die lager is dan de wettelijke rente niet is toegestaan, de wettelijke rente wordt dan toegepast.²⁴ De schadevergoeding op basis van de standaardregel zal echter al voldoende behoren te zijn om de daadwerkelijke schade te vergoeden. In paragraaf 8.2 bleek dat de schadevergoeding in individuele gevallen te hoog of te laag kan zijn. Per saldo zal de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding echter gelijk moeten zijn aan de reële schade. De schadevergoeding zal de schade van moratoire interest en inflatie moeten dekken. De samenstelling van de schadevergoeding zal vergeleken moeten worden met de samenstelling van de schade om dit te kunnen beoordelen.

8.3.4 *Samenstelling van de schade en de schadevergoeding*

Het rentetarief waartegen een financier geld verschaft, kan als volgt worden opgebouwd. In een risicovrije situatie kan met de Fisher-vergelijking

22 L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 279-280.

23 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 214.

24 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 218.

de nominale rente worden berekend. De nominale rente wordt bepaald met behulp van de reële rente en de inflatie. De formule luidt:

$$(1)[(1 + r_{\text{nominaal}}) = (1 + r_{\text{reël}}) * (1 + r_{\text{inflatie}})].^{25}$$

Kredietverleners moeten echter rekening houden met het marktrisico, het normale risico. Dit risico wordt verwerkt in een risico-opslag bovenop het nominale rentetarief.²⁶ Ook passen banken een opslag voor kosten toe. De formule voor markrente is dus:

$$(2)[r_{\text{markt}} = r_{\text{nominaal}} + r_{\text{kostenopslag}} + r_{\text{risico-opslag normaal}}].$$

Ten slotte moet de kredietverlener ook het specifieke risico van de betrokken partij verdisconteren. Is de partij een consument of een professionele partij? Is de partij draagkrachtig, is de cashflow voldoende, blijkt uit jaarverslagen van een gezonde financiële situatie, is de consument al bekend bij het Bureau Krediet Registratie (BKR)? Dergelijke aspecten worden in de specifieke risico-opslag verwerkt. De formule voor de kredietrente wordt:

$$(3)[r_{\text{krediet}} = r_{\text{markt}} + r_{\text{risico-opslag specifiek}}].$$

Herschrijving van de drie formules leidt tot de uiteindelijke formule:

$$(4)[r_{\text{krediet}} = (1 + r_{\text{reël}}) * (1 + r_{\text{inflatie}}) - 1 + r_{\text{kostenopslag}} + r_{\text{risico-opslag normaal}} + r_{\text{risico-opslag specifiek}}].$$

Moratoire interest en inflatie blijken in de kosten van financiering te zijn opgenomen. De formule geeft dus de samenstelling van de schade weer die door wettelijke rente zou moeten worden vergoed.

Wettelijke rente wordt vastgesteld aan de hand van de herfinancieringsrente van de ECB + 2,25%. De ophoging is gezien de fluctuaties in de rente en de looptijd van de wettelijke rente gepast. Eens per halfjaar wordt geëvalueerd of het renteniveau moet worden aangepast.²⁷ De herfinancieringsrente

25 R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, *Principles of Corporate Finance*, Boston: McGraw-Hill 2008, p. 50.

26 R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, *Principles of Corporate Finance*, Boston: McGraw-Hill 2008, p. 160.

27 *Stb.* 2003, 280; *Stb.* 2009, 618.

is de rente waartegen banken geld lenen van de ECB. Dit is niet de rente waartegen zij krediet verschaffen op de geldmarkt (korte rente) of de kapitaalmarkt (lange rente). De herfinancieringsrente is te zien als de reële rente voor banken. Door de verschillende renteopslagen wordt de commerciële rente van de geldmarkt of kapitaalmarkt bepaald.

8.3.5 *Vergelijking schade met vergoeding*

Een indicator voor de rente op de kapitaalmarkt is de rente op staatsobligaties. Deze kunnen worden gezien als een relatief risicoloze investering.²⁸ Gesteld kan worden dat de rente voor staatsobligaties grofweg gelijk is aan de kredietrente minus de opslag voor normaal en specifiek risico. De 10-jaars rente op staatsobligaties bedroeg begin 2010 ongeveer 3,5% terwijl de wettelijke rente 3% was. Exclusief risico-opslagen is de wettelijke rente dus te laag voor lenen op de kapitaalmarkt.

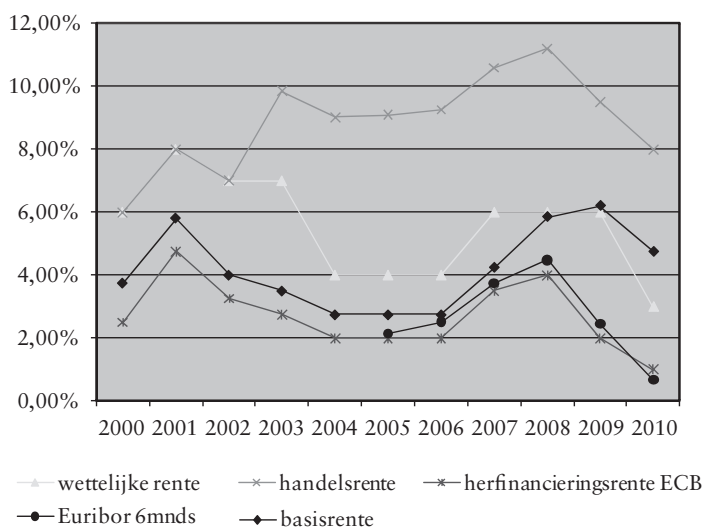
Een nog sterkere methode om inzicht te krijgen in het renteniveau op de kapitaalmarkt is de basisrente waartegen commerciële banken krediet verlenen. Uit een rapport van de NMA blijkt dat van 1990 t/m 2007 de basisrente parallel liep met de herfinancieringsrente (voor 1999 het promessedisconto) en ongeveer 0,75% hoger was.²⁹ Een blik op de huidige basisrente laat zien dat die koppeling is losgelaten. De basisrente is nu gemiddeld 3,75% hoger dan de herfinancieringsrente en ligt op circa 4,75%.³⁰ De basisrente kan worden gezien als de kredietrente minus de opslag voor specifiek risico. Ook volgens deze vuistregel is de wettelijke rente dus te laag.

28 Tenminste voor de crisis vanwege torenhoge staatsschulden (van onder meer Griekenland) in mei 2010.

29 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Rapportage Rekening-courantkrediet-verlening aan het MKB*, Den Haag 2009.

30 Voor een overzicht van rentetarieven zie: <www.wba-nl.com/index/rentetarieven>.

Figuur 1: Historische ontwikkeling van de rente³¹



Voor de geldmarkt wordt de rente van EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) als indicator gehanteerd. Dat is de rente die een panel van Europese banken gebruikt voor het onderling lenen. De rente is afhankelijk van de lengte van de periode waarvoor geleend wordt. De laagste rente wordt gerekend voor de 1-weeks EURIBOR, de hoogste voor de 12-maands EURIBOR. Banken lenen aan klanten tegen EURIBOR plus een klantspecifieke opslag. Mijns inziens bevat deze opslag ook een algemene risico-opslag. Banken zijn sinds de kredietcrisis een algemene liquiditeitstoeslag gaan rekenen, deze kan oplopen tot 2%. De 6-maands EURIBOR is tijdens de kredietcrisis gezakt van circa 5,22% in september 2008 naar 0,96% in april 2010.³² Informatie over tarieven is niet eenvoudig te verzamelen en deze markt is daarom niet transparant. De rente op de geldmarkt zal ruim boven de 0,96% uitstijgen. De hoogte van het rentetarief zal mede afhangen van de onderhandelingskracht van de partijen en hun specifieke risicoprofiel. Grote ondernemingen zijn in vergelijking met het midden- en kleinbedrijf (MKB) en particulieren op deze punten in het voordeel.

Uit de financieringstheorie kan worden afgeleid dat de schade niet gelijk mag worden gesteld aan de rente die een onderneming op de kapitaalmarkt

³¹ De Nederlandse Bank, <www.dnb.nl>, onder statistiek. Basisrente uit: Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Rapportage Rekening-courantkredietverlening aan het MKB*, Den Haag 2009.

³² De Nederlandse Bank, <www.dnb.nl>, onder statistiek.

of geldmarkt betaalt. Een onderneming die structureel te kampen heeft met betalingsachterstanden van debiteuren moet dit structureel financieren. Het benodigde werkkapitaal is groter; dit staat aan de actiefzijde van de balans. De financiering bestaat uit een combinatie van eigen vermogen, langlopende en kortlopende vorderingen, de passiefzijde van de balans. De rentekosten hiervan kunnen worden berekend met het gewogen gemiddelde van kapitaalkosten (WACC).³³ Deze rentekosten zijn veel hoger dan de rente op de geldmarkt en de kapitaalmarkt, omdat het veel duurder is om eigen vermogen te financieren.

De wettelijke rente is gekoppeld aan de herfinancieringsrente. In tijden van economische crisis of oververhitting wordt het rente-instrument vaak gehanteerd door monetaire toezichthouders. Volgens de macro-economische theorie moet de rente worden verhoogd bij oververhitting, onder meer wegens oplopende inflatie. In tijden van crisis moet de rente juist worden verlaagd.³⁴ In een gunstige tijd is het algemene marktrisico lager dan in een crisis. Grosso modo zijn ook de specifieke risico's voor de individuele partijen lager dan in een crisis. Het is dus opmerkelijk dat de rentevoet waaraan de wettelijke rente is gekoppeld tegengesteld beweegt aan de risico's die er zijn en die verdisconteerd worden in de normale en specifieke risico-opslagen. In tijden van economische voorspoed neemt de vraag naar geld op de geldmarkt toe. De reële rente zal dan ook stijgen en zoals we zagen ook de inflatie. De reële rente en inflatie zijn zowel aan de zijde van schadevergoeding als aan de zijde van werkelijke schade verdisconteerd. Wijzigingen van deze grootheden zijn dus minder relevant, hoewel het aanmerkelijk is dat stijging van de inflatie meer invloed heeft op de hoogte van de schade dan op de hoogte van de schadevergoeding.

De hiervoor genoemde methoden van financiering veronderstellen dat de crediteur voldoende kredietruimte beschikbaar heeft om de uitzondering van te laat betalen op te vangen. Is dat niet mogelijk dan kan het zijn dat de kredietlimiet wordt overschreden. De rente die banken rekenen voor overschrijden van de kredietlimiet is al gauw hoger dan 10%.

8.3.6 Conclusie

De opslag van 2,25% op de herfinancieringsrente zou ervoor moeten zorgen dat de wettelijke rente gelijk is aan de schade. Uit analyse van de

33 R.A. Brealey, S.C. Myers & F. Allen, *Principles of Corporate Finance*, Boston: McGraw-Hill 2008, p. 475-479.

34 O.J. Blanchard, *Macroeconomics*, Upper Saddle River (New Jersey): Pearson Prentice-Hall 2008, hoofdstuk 9.

kapitaalmarkt blijkt echter duidelijk dat de wettelijke rente te laag is. De analyse van de geldmarkt is minder duidelijk omdat deze markt niet transparant is. Het hangt af van het risicoprofiel en de onderhandelingskracht van een partij of de wettelijke rente hoger is dan de rente op de geldmarkt. De hoogte van de risico-opslagen is mede afhankelijk van de economische situatie. In een stabiele economische situatie zal de risico-opslag lager zijn dan in een crisis. Tijden van economische crisis zijn echter juist de perioden waarin de meeste problemen met openstaande vorderingen en faillissementen zullen spelen. Oftewel, juist als het erom gaat spannen, is wettelijke rente een minder rake remedie. Een gesprek met een kredietbeoordelaar bij een grote bank en een financieel directeur van een middelgrote onderneming bevestigde dat het, onder de huidige marktomstandigheden, niet realistisch is te verwachten dat een rente lager dan 3% kan worden bedongen voor kortetermijnfinanciering. Als voor ondernemingen rekening wordt gehouden met de gemiddelde financieringskosten is wettelijke rente zeker niet raak. De gemiddelde financieringskosten liggen ruim boven de 3%. Ongeacht de wijze van berekening is wettelijke rente daarom te laag. De conclusie is dan ook dat wettelijke rente niet raak is.

8.4 Hoe raak is handelsrente?

8.4.1 Norm en regel

Handelsrente is gericht op naleving van de norm dat betalingsverplichtingen moeten worden nagekomen zoals afgesproken. Oftewel, een species van het *pacta sunt servanda*. De regel is specifiek toegesneden op nakoming van de betaling van geldvorderingen voortvloeiend uit handelstransacties. De uitwerking in artikel 6:119a BW verschilt op een aantal punten van wettelijke rente. De regel is veel minder algemeen geredigeerd dan de regel van wettelijke rente.

In de eerste plaats wordt het soort partijen en de overeenkomsten waarop de regel van toepassing is gedefinieerd. Het gaat om de overeenkomst om baat. Hierbij kan worden gedacht aan overeenkomsten als koop, opdracht, aanneming van werk, de verzekeringsovereenkomst, huur en overeenkomsten van geldlening. Betalingen ter vergoeding van schade of de ongedaanmakingsverbintenis vallen niet binnen het toepassingsbereik.³⁵ De handelsovereenkomst wordt aangegaan tussen twee professionele partijen, partijen die handelen in de uitoefening van beroep, bedrijf of als rechtspersoon.

35 *Kamerstukken II 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 10 (MvT).*

Ook overheidsinstanties handelen in de vereiste hoedanigheid. De handelsrenteregeling heeft dan ook een ruim bereik.³⁶

De bepaling inzake handelsrente regelt heel gedetailleerd de periode waarover rente verschuldigd is. Verzuim en de formaliteiten van ingebrekestelling zijn daarbij niet nodig. Het artikel regelt zelf wanneer het verzuim intreedt. Dit is na de overeengekomen uiterste termijn van betaling. Als deze niet is overeengekomen, wordt een termijn van dertig dagen aangehouden. Het tweede lid van de bepaling noemt verschillende momenten waarop deze termijn kan starten. Na voldoening van de som is geen rente meer verschuldigd.

Gezien het doel van handelsrente is de functie aansporing. Aansporing tot het op tijd betalen van openstaande vorderingen. De rente moet dus zó hoog zijn dat zij een financiële prikkel aan partijen geeft. Het voordeel dat de debiteur heeft van te laat betalen, zal lager moeten zijn dan het nadeel van te laat betalen. De richtlijn bepaalt de hoogte van de handelsrente die geschikt werd geacht om het doel te bereiken. Maar is die rente wel hoog genoeg? Het is interessant om te zien wat de evaluatie van de richtlijn heeft opgeleverd. Vervolgens komen nog andere aspecten aan de orde die voor de effectiviteit van de regel van belang zijn.

8.4.2 *Evaluatie richtlijn*

Het EU-onderzoek dat in 2006 werd gehouden naar de effectiviteit van de richtlijn evalueert de economische en juridische impact van de richtlijn, met name de impact op het MKB.³⁷ Hiervoor werden kwantitatieve gegevens gebruikt. Er werd ook een online enquête gehouden. In het kader van dit hoofdstuk is de effectiviteit van de economische impact relevant. Het onderzoek leverde de volgende interessante gezichtspunten op.

De gemiddelde tijd dat een factuur te laat wordt betaald, is gedaald na invoering van de richtlijn. Volgens de onderzoekers kan hieruit niet onduidelijk worden geconcludeerd dat dit aan de werking van de richtlijn is toe te schrijven, met name omdat de richtlijn maar een van de vele factoren is die betaalgedrag beïnvloeden. Andere belangrijke factoren zijn de con-

36 M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties. De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 51.

37 J. Albert, *Review of the effectiveness of European Community legislation in combating late payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>.

junctuur, juridische en culturele condities, het niveau van financiële dienstverlening en verder fiscaal en economisch beleid.³⁸ Uit de analyse bleek een negatief verband tussen de economische groei en te late betalingen in de lidstaten.³⁹

Ook werden oorzaken geconstateerd waardoor de richtlijn beperkte werking heeft.⁴⁰ Een belangrijke oorzaak is het gedrag van de crediteuren in het MKB. Er is geen of onvoldoende aandacht voor debiteurenbeheer, de aandacht gaat primair uit naar commercie en operatie. Er is weinig kennis van contracten en niet genoeg tijd om hierover te onderhandelen. Hierdoor ontbreken voor het MKB goede betalingscondities in het contract. Vanwege commerciële overwegingen wordt het de klant op het punt van betalingsgedrag niet moeilijk gemaakt. Ten tweede blijkt dat overheidsinstanties slechte betalers zijn. De richtlijn geeft onvoldoende prikkels aan hen om ook gewenst betalingsgedrag te gaan vertonen. Een volgend belangrijk aspect is toegang tot financiering. Uit de enquête bleek dat bedrijven in het MKB verwachtten vaker op tijd te betalen als ze toegang hebben tot de kapitaalmarkt. In de praktijk wordt dit echter moeilijk gemaakt door gevraagde zekerheidsgaranties en hoge financieringskosten. Een vierde oorzaak is dat er drempels bestaan om over te gaan tot het factureren van rentekosten. Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel, de facturatiekosten zijn 20 euro, de rente is 11% en het factuurbedrag is 1.000 euro. Het omslagpunt ligt dan bij: $20 \cdot 365 / (1.000 \cdot 0,11) = 66$ dagen te laat. De betaling moet dus al ruim te laat zijn voordat de dreiging van het betalen van rentekosten reëel wordt.

Met betrekking tot het renteniveau wordt geconcludeerd dat dit niet hoog genoeg is om te late betalingen af te schrikken. Zolang facturatiekosten alleen in een juridische procedure kunnen worden gevorderd, blijft de bovengenoemde drempel bestaan. Veel geenquêteerden vinden het rentepercentage veel te laag en zouden pas rente vorderen als een juridische procedure wordt gestart. Het factureren van rente voor een factuur die tien tot vijftien dagen te laat wordt betaald, zou contraproductief werken. De rente compenseert nauwelijks de schade die het MKB lijdt als wordt uitgegaan van de debet-

38 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 191.

39 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 226.

40 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 202-217.

rente van een rekening-courantrekening. Bovendien moet over de gefactuurde rente ook nog btw worden afgedragen, dit vermindert het voordeel van een crediteur om rente in rekening te brengen.⁴¹

Door de onderzoekers zijn verschillende aanbevelingen gedaan. De handelsrente moet in ieder geval worden verhoogd. Een interessante aanbeveling is het invoeren van een *late payment fee*. Deze kan de belemmerende werking van de facturatiekosten wegnemen. Ook zou het afdragen van btw over de rente moeten worden afgeschaft. De conclusie van het onderzoek is dat het betalingsgedrag is verbeterd. Dit kan niet direct aan de richtlijn worden toegeschreven. Voortgaande actie om betalingsgedrag te verbeteren blijft nodig.

8.4.3 Ontwikkeling sinds 2006

Na de verschijning van het evaluatierapport is de economische situatie sterk gewijzigd. Eind 2008 manifesteerde zich de kredietcrisis waardoor de economie van de EU in een recessie kwam. Begin 2010 zijn er voorzichtige signalen van herstel.⁴² De onrust op de financiële markten houdt echter aan door oplopende staatsschulden.⁴³ De negatieve correlatie tussen economische groei en te laat betalen, blijkt inderdaad zichtbaar. Vanaf midden 2008 nam het gemiddeld aantal dagen te laat betalen weer sterk toe tot bijna het niveau van 2003, terwijl de economische groei zich tegengesteld ontwikkelde.⁴⁴

De verschillen tussen landen ten tijde van de invoering van de richtlijn zijn onveranderd terug te vinden in de statistieken. Duitsland, Nederland en de Scandinavische landen zijn nog steeds koplopers in het op tijd betalen. De zuidelijke landen Italië, Spanje, Portugal en Griekenland zijn onveranderd slechte betalers gebleven.⁴⁵ De richtlijn heeft de verschillen in betalingscultuur blijkbaar niet kunnen veranderen.

41 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 229-231.

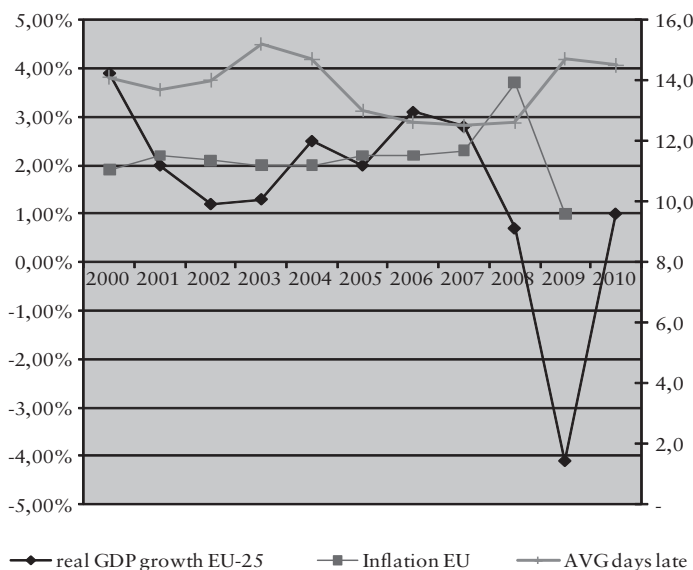
42 Zie voor visualisatie: Centraal Bureau voor de Statistiek, <www.cbs.nl>, onderwerp conjunctuur(klok).

43 Eurostat, <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>>, onder 'Government finance', 'main tables', 'Government deficit and debt'.

44 Altares, <www.altares.fr/index.php/publications/etudes-altares/retard-de-paie-ment-europe>.

45 Intrum Justitia, <www.intrum.lt/doc/EPI_2010.pdf>.

Figuur 2: Economische ontwikkeling, inflatie en te laat betalen in de EU⁴⁶



De evaluatie van de richtlijn heeft geleid tot een voorstel tot aanpassing van de richtlijn. De eerder genoemde *late payment fee* wordt ingevoerd. Ten tweede wordt een nieuw artikel gewijd aan overheidsinstanties. Als te laat wordt betaald, is de overheidsinstantie een vergoeding van 5% van het totale bedrag in één keer verschuldigd. Dit is extra boven op eventuele handelsrente die wordt berekend.⁴⁷

8.4.4 *Rechtshandhaving*

Een belangrijk aspect voor de effectieve werking van een regel is de handhaving ervan (in rechte). Rechtseconomisch kan dit als volgt worden gezien. De rationele calculerende burger of onderneming streeft naar maximalisatie van zijn welvaart. Zijn keuze kan echter negatieve externe gevolgen hebben voor de maatschappij. Rechtshandhaving dient ervoor te zorgen dat die negatieve externe kosten geïnternaliseerd worden zodat die meegenomen worden in de berekening. Als de pakkans lager is dan 100% worden niet alle negatieve externe effecten geïnternaliseerd. Dit kan gecompenseerd

46 Eurostat, <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>>, Altares, <www.altares.fr/index.php/publications/etudes-altares/retard-de-paiement-europe>.

47 Com (2009) 126, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (Herschikking) Tenuitvoerlegging van de ‘Small Business Act’.

worden door punitieve schadevergoeding. Het nadeel maal de pakkans moet groter zijn dan het verwachte voordeel.⁴⁸

Gezien het professionele karakter van de partijen waarop handelsrente zich richt, mag worden verwacht dat zij rationeel handelen.

Omdat gekozen is voor privaatrechtelijke handhaving, zal de pakkans worden bepaald door het gedrag van partijen, de betalingscultuur. Deze cultuur bleek te verschillen tussen landen, maar analyse wijst uit dat deze ook verschilt tussen verschillende sectoren, zoals overheidsinstellingen, de bouwsector, de transportsector, enzovoort.⁴⁹ Verschillende aspecten zijn belangrijk voor de betalingscultuur. In welke mate is te laat betalen een geaccepteerd verschijnsel? De relatie tussen crediteur en debiteur is vaak tegelijkertijd een verhouding van leverancier en klant. Afhankelijk van de grootte van een bedrijf en de marktmacht van partijen kan het wel of niet risicovol zijn om die relatie onder druk te zetten door handelsrente te vorderen. Onzekerheid over hoe de rente goed berekend kan worden en het risico op afwijzing van de factuur vergroten de kans dat er niet gefactureerd wordt en verlagen dus de pakkans.

8.4.5 *Handelskrediet*

De contractuele betalingstermijn plus het aantal dagen te laat betalen vormen samen het handelskrediet. Voor handelskrediet zijn twee motieven aan te wijzen.⁵⁰ Het motief financiering is al uitgebreid aan de orde geweest. Het tweede motief is transactiekosten, dit kan als volgt worden samengevat. Zonder handelskrediet moet de debiteur na ontvangst van de factuur direct betalen. De onderneming moet hier een bepaalde hoeveelheid geld, rekening-courant, beschikbaar houden omdat de hoeveelheid geld die betaald moet worden onregelmatig is. De ontvangsten zijn voor de crediteur vergelijkbaar onregelmatig. Door handelskrediet kunnen de inkomsten en uitgaven beter op elkaar worden afgestemd. De cashflow wordt regelmatig en de hoeveelheid geld die nodig is kan omlaag worden gebracht.

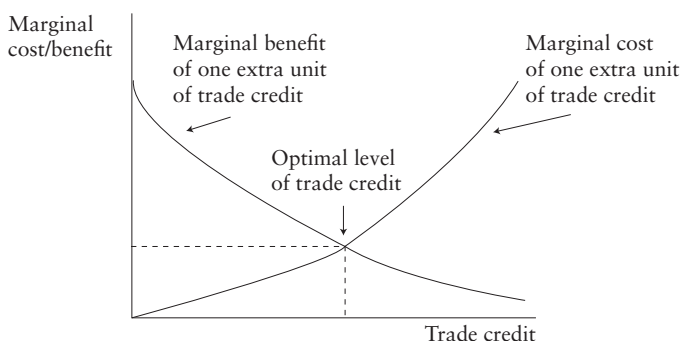
48 L.T. Visscher & W.C.T. Weterings, 'Rechtshandhaving', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 223-243.

49 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 223.

50 G.E. Elliehausen & J.D. Wolken, *The Demand for Trade Credit: An Investigation of Motives for Trade Credit Use by Small Businesses*, Washington: Board of Governors of the Federal Reserve System 1993, p. 2.

In het evaluatierapport wordt ook aandacht besteed aan handelskrediet.⁵¹ Er bestaat een theoretisch optimum waar de marginale kosten gelijk zijn aan de marginale voordelen van handelskrediet. Het toestaan van handelskrediet heeft een competitief voordeel. Het totaal van de prijs plus de financieringskosten van het product is voor klanten lager. Handelskrediet verlaagt ook de hierbovengenoemde transactiekosten. Met het toenemen van het handelskrediet worden de marginale voordelen lager. De marginale kosten stijgen juist. De belangrijkste oorzaak is dat het verschil tussen betalingsperioden van klanten en leveranciers steeds groter wordt waardoor meer werkkapitaal nodig is. De kosten van handelskrediet worden verrekend in de prijs, dit wordt een steeds groter competitief nadeel.

Figuur 3: Optimaal niveau van handelskrediet⁵²



8.4.6 Nakoming mogelijk?

Een prikkel om op tijd te betalen heeft alleen het gewenste effect als nakoming mogelijk is. Als dit gewenste gedrag niet mogelijk is, heeft handelsrente, hoe hoog ook, geen enkele zin. Dit is een van de redenen waarom men in de oudheid negatief dacht over het heffen van rente. Als iemand zo arm is dat hij een lening niet kan terugbetalen, dan is het heffen van rente een vorm van verrijking ten koste van de arme.⁵³ Dit kan ook worden toe-

51 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 68-80.

52 J. Albert, *Review of the Effectiveness of European Community Legislation in Combating Late Payments*, 2006 <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, p. 78.

53 M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties. De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 19-34.

gepast op het armlastige bedrijf dat in betalingsproblemen verkeert. Bijvoorbeeld omdat geen krediet meer kan worden verkregen. De verschuldigde rente vergroot slechts de schuldenlast van een onderneming. De activa van de onderneming blijven gelijk, het eigen vermogen neemt af.

8.4.7 Conclusie

De rente die het MKB moet betalen over rekening-couranttegoeden is ongeveer gelijk aan handelsrente. Als de kredietlimiet wordt overschreden, zijn de rentekosten hoger dan de handelsrente. Ik sluit me aan bij de conclusie van het evaluatierapport dat de huidige handelsrente de werkelijke schade net compenseert. Het doel van schadevergoeding wordt daarmee wel bereikt. Grote ondernemingen kunnen echter tegen lagere kosten financieren, hun schade is waarschijnlijk *lager* dan de handelsrente. Tegelijkertijd verschilt de onderhandelingskracht tussen kleine en grote ondernemingen. Hierdoor wordt het optimale niveau van handelskrediet niet bereikt. Grote ondernemingen kunnen hun marktmacht uitbuiten. Dit wordt ook onderstreept door de uitslag van de enquête. Het primaire doel was het voorkomen van ongewenst betalingsgedrag. Het deel van handelsrente dat punitief kan werken, is echter vrijwel nihil. Ook de pakkans is erg laag door de economische drempels en de betalingscultuur. Er is dus geen afschrikwekkende werking. Dit blijkt duidelijk uit de enquête van het evaluatierapport en de ontwikkeling van te laat betalen na 2006. Handelsrente kan haar primaire functie niet vervullen en is dus niet raak.

8.5 Hoe nu verder?

Wettelijke rente noch handelsrente blijkt raak te zijn. Kan dit worden gecorrigeerd door beide rentes te verhogen of verdient een structurele aanpassing van het wettelijk systeem de voorkeur? Hoe raak is dan het wettelijk systeem?

In de eerste plaats heeft de wetgever gekozen voor een systeem van fixatie. Is dit terecht? Als dit wordt losgelaten, kan in een individueel geval de juiste schadevergoeding worden toegepast. Het standaardargument is dat fixatie praktische voordelen oplevert, maar is dit een afdoende argumentatie?⁵⁴ Het voordeel in een juridische procedure is dat er geen problemen zijn om de schade te bewijzen. De proceskosten zijn hierdoor lager. En wat zijn de voordelen in de situatie voorafgaand aan een juridische procedure? Door deze standaardregel hoeven partijen vooraf de vergoeding van deze vorm

54 J.A.I. Wendt, 'De fixatie van verdragingschade op wettelijke rente; een kritiek', *WPNR* 2009, 6810.

van schade niet in een contract op te nemen. Het probleem van ongelijke onderhandelingskracht en onbekendheid met contracten wordt daarmee ondervangen. Als er sprake is van te late betaling, is de hoogte van de schade duidelijk. Dit kan het startpunt vormen van onderhandelingen tussen contractspartijen over een oplossing. De transactiekosten worden zodoende lager. De lagere proceskosten en transactiekosten wegen mijns inziens op tegen onbillijkheid in het individuele geval, mits over het geheel genomen de schadevergoeding gelijk is aan de schade.

De tweede vraag is hoe hoog de rente gefixeerd moet worden om de daadwerkelijke schade te vergoeden. Daarbij is het belangrijk om vast te stellen dat de toegang tot kapitaal niet gelijk is voor de verschillende partijen: zij zijn niet gelijkwaardig in de mogelijkheden van financiering. De rentekosten zijn voor grote ondernemingen en overheidsinstanties lager vanwege de lagere risico's voor kredietverleners en door de onderhandelingskracht van partijen. In de hoedanigheid van crediteur is de schade voor grote ondernemingen en overheidsinstanties kleiner dan voor kleine bedrijven en particulieren. In de hoedanigheid van debiteur is het nu voor kleine bedrijven erg *voordelig* om te laat te betalen. De dreigende kosten van te laat betalen zijn immers lager dan de kosten om op tijd te betalen en dit te financieren. Voor grote ondernemingen geldt dit minder. Een rente ter hoogte van de rente voor rekening-courant van kleine bedrijven geeft verschillende prikkels. Kleine bedrijven hebben als crediteur minder last van te late betaling en als debiteur minder voordeel bij zelf te laat betalen. Voor grote ondernemingen wordt het als debiteur voordeliger om op tijd te betalen, want de kosten van niet op tijd betalen zijn *hoger*. Voor grote ondernemingen als crediteur wordt het intussen voordelig dat debiteuren te laat betalen. De in rekening te brengen rente is namelijk hoger dan de kosten van hun rekening-couranttegoed. Gezien deze prikkels lijkt een rentevoet ter hoogte van de rente voor rekening-courant van kleine bedrijven wenselijk om het doel van schadevergoeding te bereiken.

De derde vraag is of gefixeerde rente nog moet worden gebruikt om bedrijven aan te sporen tot gewenst betalingsgedrag. Zowel de factor pakkans als de factor toe te brengen nadeel vervult een belangrijke rol. Maar hoeveel kan worden verwacht van de factor nadeel toebrengen? In de eerste plaats laat het optimale niveau van handelskrediet zien dat vraag naar handelskrediet altijd zal bestaan. Ingrijpen zal misschien het optimum wijzigen, maar het verschijnsel van vraag naar handelskrediet niet uitbannen. Ten tweede is een financiële prikkel alleen zinvol als er een keuzemogelijkheid bestaat. Die keuzemogelijkheid ontbreekt als er niet betaald kan worden omdat bijvoorbeeld geen krediet van de bank wordt verkregen. Ten derde

zal een financiële prikkel werken voor de *homo economicus*. Dit gedrag mag van ondernemingen worden verwacht. Consumenten gedragen zich echter niet altijd rationeel.⁵⁵ Het gedrag van kleine bedrijven zal zich tussen deze twee zijden van het spectrum bevinden. Gezien het verwachte gedrag van ondernemingen kan verwacht worden dat een financiële prikkel werkt. Het is dus wenselijk om zowel wettelijke rente als handelsrente te behouden, maar deze rente mag niet te hoog zijn. Willen partijen elkaar extra aansporen, dan kunnen ze nog altijd terugvallen op het boetebeding (art. 6:91 BW).

Het inzetten op het vergroten van de pakkans mag evenwel niet ontbreken. Hier laat de huidige richtlijn steken vallen. De pakkans kan sterk worden vergroot als partijen de schade op elkaar verhalen zonder dat daar een juridische procedure voor nodig is. De kleine bedragen aan rente en de facturatiekosten blijken daarbij een financiële drempel. Het voorstel van een *late payment fee* kan daarbij inderdaad uitkomst bieden. Betalingscultuur blijkt erg belangrijk en kan verschillen per land en per sector. Het zou interessant zijn om te onderzoeken wat de oorzaak is van die verschillen. Vervolgens moet een passende remedie worden gevonden. Het kan zijn dat deze van land tot land of van sector tot sector verschilt.

Al met al ben ik van oordeel dat, hoewel wettelijke rente en handelsrente niet raak zijn, met het systeem als zodanig niets mis is. De keuze voor fixatie is met transactiekosten en proceskosten te verklaren. Verschillend gedrag van professionele partijen en consumenten rechtvaardigt het bestaan van een gedifferentieerde rentevoet. Daarbij geldt naar mijn oordeel dat de hoogte van de wettelijke rente ongeveer gelijk moet zijn aan de gemiddelde rente voor rekening-couranttegoed van kleine bedrijven. De methode om de rentevoet te berekenen, moet zo veel mogelijk met deze rente op de commerciële markt overeenkomen. De handelsrente mag enige procenten hoger zijn. Tegelijkertijd moet beleid worden ingezet om de pakkans te vergroten, aangezien dit gewenst betalingsgedrag bevordert. Ook moeten de specifieke kenmerken van betalingscultuur worden onderzocht zodat doelgericht beleid kan worden ontwikkeld.

55 W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 51 e.v.

8.6 Uitleiding

Economische analyse wijst uit dat de rentevoet van wettelijke rente te laag is om de functie van schadevergoeding te kunnen vervullen. Handelsrente kan wel de functie van schadevergoeding vervullen. De rentevoet daarvan is echter weer te laag om de aansporende functie te kunnen vervullen. Het hoofddoel wordt niet bereikt. Toch zijn de argumenten voor het gekozen wettelijk systeem nog steeds steekhoudend. Het middel van fixatie van de rente is naar mijn oordeel na verhoging van de rentevoet in staat om de gestelde doelen te verwezenlijken. Aansporing tot gewenst betalingsgedrag kan echter niet exclusief met handelsrente worden bereikt. Aanvullende middelen moeten worden toegepast om betalingsgedrag te veranderen. Bijvoorbeeld het stimuleren van goed debiteurenbeheer, of een ‘zwaar’ middel zoals externe bestuurdersaansprakelijkheid voor betalingsgedrag. De eindconclusie is daarom dat wettelijke rente niet raak is, maar het wel *kan* zijn. Het zwaard van wettelijke rente blijkt wat mij betreft dus bot te zijn en het moet daarom hoognodig geslepen worden.

IX De handhaving van prospectusaansprakelijkheid vanuit rechtseconomisch perspectief

J.P.T. Wientjes

Vanuit rechtseconomisch perspectief kan de handhaving van prospectusaansprakelijkheid in Nederland op een aantal punten worden verbeterd. Met het huidige handhavingstelsel zou het voor zowel uitgevende instellingen als lead managers nog weleens lonend kunnen zijn om het beleggend publiek via het prospectus te misleiden. In deze bijdrage wordt daarom een aantal verbetervoorstellen gedaan. In de eerste plaats volstaat privaatrechtelijke handhaving op zich niet. Bestuursrechtelijke handhaving ernaast door de AFM is nodig. Verder is het wenselijk dat de lead manager verplicht wordt in het prospectus te verklaren dat een due diligence onderzoek is uitgevoerd. Ten slotte verdient het aanbeveling om een vorm van ex ante begeleiding van marktpartijen door de AFM mogelijk te maken, zodat de invulling van open normen in de praktijk vereenvoudigd wordt.

9.1 Inleiding

Sinds de dramatische beursgang van World Online in 2000 en de juridische procedures die daarop volgden, staat de commerciële communicatie rondom emissies weer flink in de belangstelling. Het is gebleken dat bedrijven, die effecten uitgeven en aanbieden aan het publiek, de neiging hebben om een zo positief mogelijk beeld van de onderneming te schetsen. Hier is in principe ook niks mis mee. Maar hoe kan worden voorkomen dat dit, net als bij World Online, doorslaat in misleiding van het beleggend publiek? Bij de uitgifte van de effecten zijn bedrijven verplicht om een prospectus op te stellen. In het prospectus kunnen beleggers informatie vinden over het bedrijf en de risico's van de investering. De uitgevende instelling mag uiteraard geen misleidende informatie in het prospectus opnemen of essentiële informatie weglaten. Doet het bedrijf dit wel en lijden beleggers hierdoor schade, dan is degene die het prospectus openbaar maakte voor deze schade aansprakelijk. Maar hoe moet prospectusaansprakelijkheid optimaal worden gehandhaafd? Kan dit worden overgelaten aan de beleggers zelf of moet er toch wat meer gebeuren om ervoor te zorgen dat bedrijven voldoende zorgvuldigheid in acht zullen nemen bij het opstellen van het prospectus? In deze bijdrage onderzoek ik de handhaving van prospectusaansprakelijkheid in Nederland vanuit rechtseconomisch

perspectief en bekijk ik waar het handhavingssstelsel eventueel aanpassing behoeft.¹

9.2 Het prospectus

Het prospectus is een in de praktijk ontstaan document, waarvoor geen vastomlijnde juridische definitie bestaat. In de praktijk worden verschillende definities gehanteerd. Hartkamp omschrijft het prospectus als volgt:

‘Met een prospectus wordt bedoeld een geschrift, waardoor het publiek wordt uitgenodigd tot het nemen van aandelen of schuldbrieven, uit te geven o.a. door een onderneming of een publiekrechtelijk rechtspersoon’.²

Oorspronkelijk was het prospectus bedoeld als reclamemiddel.³ In zijn huidige vorm heeft het prospectus het reclame-element echter grotendeels verloren en is het meer een informatiedocument. Het prospectus maakt nog wel altijd deel uit van de commerciële communicatie rondom de uitgifte van effecten en is dan ook onderworpen aan de wet- en regelgeving die hierop betrekking heeft.

Het opstellen en publiceren van een prospectus in het kader van een uitgifte van effecten is een dynamisch proces. Er zijn altijd meerdere partijen bij betrokken, waaronder uiteraard de uitgevende instelling zelf, een of meerdere banken, advocaten, accountants en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Dit maakt dat de uitgevende instelling bij de uitgifte van het prospectus opereert in een krachtenveld van belangen die ver uiteen kunnen lopen. In deze bijdrage staan de uitgevende instelling, de banken en de AFM centraal. Ik ga hierna kort in op de rollen en belangen van deze partijen.

De uitgevende instelling is in de regel de aanbieder van de effecten. Zij heeft er belang bij dat de effecten zo hoog mogelijk worden gewaardeerd en dat het publiek vertrouwen heeft in de onderneming. De ondernemingsleiding zal van nature geneigd zijn een zo positief mogelijk beeld van de

1 Met dank aan mr. drs. A.C.W. Pijls voor commentaar op een eerdere versie en aan mr. dr. B. Bierens (Rabobank Securities) die nuttige informatie heeft verstrekt over de praktijk van uitgifte en plaatsing van effecten.

2 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 244.

3 A.G. Maris en S.A. Boele, ‘Prospectusaansprakelijkheid’, *TVVS* 1994 nr. 94/6, p. 141-146.

onderneming te schetsen. Een dergelijk positief beeld is uiteraard ook nodig om de uitgifte tot een succes te kunnen brengen.⁴

Het is gebruikelijk dat een uitgevende instelling bij de uitgifte van effecten wordt bijgestaan door een *lead manager*, al dan niet bijgestaan door een aantal andere banken (samen vormen de banken het *syndicaat*). In veel gevallen wordt tussen de uitgevende instelling en het syndicaat een underwriting agreement gesloten, waarbij het syndicaat zich garant stelt voor de plaatsing van de uit te geven effecten.⁵ Naast de uitgevende instelling wordt ook de lead manager beschouwd als persoon die het prospectus openbaar maakt of openbaar laat maken.⁶ De lead manager pleegt in het prospectus duidelijk naar voren te treden door het vermelden van naam en logo op het prospectus, waardoor het prospectus op het publiek ook overkomt als een publicatie van de lead manager. Uiteraard hebben de uitgevende instelling en de lead manager hier belang bij omdat dit vertrouwen wekt bij de beleggers. Dit schept echter verantwoordelijkheden ten aanzien van de deugdelijkheid van de inhoud van het prospectus.⁷ De lead manager zal zich dan ook een oordeel moeten vormen over de juistheid van de in het prospectus opgenomen informatie. Hij doet dit in de praktijk door een due diligence onderzoek uit te voeren. Tegelijk probeert de lead manager die verantwoordelijkheid soms te ontlopen door in het prospectus een verklaring op te nemen waarmee hij zich distantieert van de inhoud.⁸

De AFM ten slotte heeft ook een belangrijke rol bij de opstelling van het prospectus. Zij dient als toezichthouder onder meer het prospectus goed te keuren. De AFM controleert het prospectus op volledigheid en consistentie maar niet op juistheid van de inhoud. Daarnaast heeft de AFM handhavingsbevoegdheden op het gebied van prospectusaansprakelijkheid.

9.3 Prospectusaansprakelijkheid

9.3.1 De Prospectusplicht

Alvorens in te gaan op de aansprakelijkheidsnorm, sta ik kort stil bij de prospectusplicht. Het is in Nederland verboden om effecten aan te bieden aan het publiek of effecten te doen toelaten tot de handel op een in

4 R.E. de Rooy, *Emissies op de Nederlandse markt*, Deventer: Kluwer 2003, 3e druk, p. 84.

5 R.E. de Rooy, *Emissies op de Nederlandse markt*, Deventer: Kluwer 2003, 3e druk, p. 11.

6 M.A. Blom, *Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager* (diss. Tilburg), Baarn: Kluwer 1996, p. 84.

7 M. Brink, *Due diligence. Een beschouwing over het due diligence onderzoek volgens het Nederlandse recht* (diss. Maastricht), 2008, p. 175.

8 Wat het bankensyndicaat betreft beperk ik mij tot de rol van de lead manager.

Nederland gelegen of functionerende gereguleerde markt, zonder daarbij een prospectus openbaar te maken. Deze prospectusplicht geldt op grond van de Prospectusrichtlijn,⁹ welke regels geeft voor de opstelling, goedkeuring en verspreiding van prospectussen.¹⁰ De Prospectusrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in afdeling 5.1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). De AFM is in deze afdeling aangewezen als nationale bevoegde instantie om prospectussen goed te keuren. De AFM toetst conceptprospectussen op volledigheid, met inbegrip van consistentie en begrijpelijkheid.¹¹ Zij toetst expliciet niet op de juistheid van de informatie in een conceptprospectus. Pas na goedkeuring door de AFM mag een prospectus openbaar worden gemaakt.

De prospectusplicht geldt niet voor elke openbare aanbieding van effecten. Er is een aantal uitzonderingen. Heel in het kort komt het erop neer dat de prospectusverplichtingen met name bedoeld zijn voor de aanbieding van effecten aan particuliere beleggers, welke uiteraard ook zijn aan te merken als consument.¹²

De Prospectusrichtlijn harmoniseert niet de prospectusaansprakelijkheid. Ingevolge artikel 6 lid 2 van de Prospectusrichtlijn dienen lidstaten er kort gezegd voor te zorgen dat de nationale bepalingen omtrent burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op de voor de inhoud van het prospectus verantwoordelijke personen.

9.3.2 Oneerlijke handelspraktijken

De wettelijke norm, waarop prospectusaansprakelijkheid jegens consumenten is gebaseerd, is de oneerlijke handelspraktijk. Deze norm is per 25 september 2008 gecodificeerd in afdeling 6.3.3A BW (art. 6:193a tot en met 6:193j BW), door inwerkingtreding van de Wet oneerlijke handelspraktijken (hierna: Wet OHP).¹³ Deze wet dient ter implementatie van de

9 Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (*PbEU* L 345).

10 De richtlijnbevestigingen worden verder uitgewerkt in Verordening nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opname van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft (*PbEU* L 149/1) (Prospectusverordening).

11 AFM, *InZicht* nr. 12, september 2006, p. 22, beschikbaar via <www.afm.nl>.

12 A.C.W. Pijs, 'Misleiding van het belegend publiek, een oneerlijke handelspraktijk!' *Ondernemingsrecht* 2008 (9), 8 p. 342-349.

13 *Stb.* 2008, 397.

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna: Richtlijn OHP).¹⁴ De Wet OHP ziet op de bescherming van consumenten jegens handelaren. Vóór de invoering van de Wet OHP moesten consumenten een beroep doen op afdeling 6.3.4 BW betreffende misleidende en vergelijkende reclame. Sinds de invoering van de Wet OHP kunnen de bepalingen in deze afdeling alleen nog worden ingeroepen door bedrijven onderling.

In artikel 6:193a BW is een handelspraktijk gedefinieerd als:

‘iedere handeling, ommissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten’.

Onder een product wordt verstaan een goed, elektriciteit daaronder begrepen. Een handelaar handelt ingevolge artikel 6:193b BW onrechtmatig indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Een handelspraktijk is onder andere oneerlijk indien deze de gemiddelde consument kan misleiden. Misleidende handelspraktijken betreffen op grond van artikel 6:193c en 6:193d BW enerzijds het verstrekken van feitelijk onjuiste of (potentieel) misleidende informatie, en anderzijds het achterhouden van essentiële informatie (misleidende ommissie).¹⁵ De informatie of ommissie is pas misleidend indien de onjuistheid of onvolledigheid tot gevolg heeft dat de gemiddelde consument een besluit over een transactie neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. De onjuistheid of onvolledigheid moet het economische gedrag van de gemiddelde consument *kunnen* beïnvloeden.¹⁶ Bij de beantwoording van de vraag of een handelspraktijk jegens een consument misleidend is, moet worden uitgegaan van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.¹⁷

Het publiceren van een prospectus is een handelspraktijk.¹⁸ Prospectusaansprakelijkheid jegens consumenten valt derhalve onder het regime van de Wet OHP. Op grond van artikel 6:193f sub f BW is (onder meer) de in ar-

14 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* L 149).

15 W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008-1, p. 4-24.

16 Zie ook art. 2 onder 2 van de Richtlijn OHP.

17 HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374.

18 A.C.W. Pijls, ‘Misleiding van het belegend publiek, een oneerlijke handelspraktijk!’, *Ondernemingsrecht* 2008 (9), 8 p. 342-349.

tikel 5:13 van de Wft genoemde informatie essentieel in de zin van artikel 6:193d BW betreffende misleidende omissies.¹⁹ Artikel 5:13 Wft bepaalt (onder andere) dat een prospectus alle gegevens moet bevatten die, gelet op de aard van de uitgevende instelling en van de aan het publiek aangeboden of tot de handel op de gereguleerde markt toegelaten effecten, van belang zijn voor het vormen van een verantwoord oordeel over het vermogen, de financiële positie, het resultaat en de vooruitzichten van de uitgevende instelling. In elk geval dient in het prospectus de zogeheten minimuminformatie te worden opgenomen die ingevolge de artikelen 3 tot en met 23 van de Prospectusverordening²⁰ is voorgeschreven. De wetgever lijkt artikel 6:193f BW aldus op te vatten dat het overtreden van artikel 5:13 Wft gelijk staat aan het verrichten van een misleidende handelspraktijk.²¹

9.4 Handhaving

Genoemde richtlijnen laten de handhaving van de daarin opgenomen regels grotendeels aan de lidstaten over. Wel moeten de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties instellen ter handhaving van de betreffende bepalingen.²² Wat de handhaving van het consumentenrecht betreft, is Nederland van oorsprong sterk gericht op de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Er bestaat in Nederland bovendien een traditie van alternatieve geschilbeslechting, zoals bemiddeling door een Ombudsman en het bestaan van een groot aantal geschillencommissies.²³ Ook in het kader van de implementatie van de Richtlijn OHP heeft de wetgever het uitgangspunt van privaatrechtelijke handhaving door marktpartijen benadrukt.²⁴ Handhaving van de Wet OHP geschiedt echter niet alleen maar privaatrechtelijk. Ik zet hierna het handhavingsmechanisme van de Wet OHP uiteen.

19 Zie ook bijlage II bij de Richtlijn OHP.

20 Verordening nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft (*PbEU* L 149/1) (Prospectusverordening).

21 A.C.W. Pijls, 'Misleiding van het beleggend publiek, een oneerlijke handelspraktijk!', *Ondernemingsrecht* 2008 (9), 8 p. 342-349.

22 Art. 25 lid 1 Prospectusrichtlijn en art. 13 Richtlijn OHP.

23 W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming. Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Paris 2010, p. 8.

24 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 7.

9.4.1 Handhaving door individuele consumenten

De oneerlijke handelspraktijk is als gezegd een species onrechtmatige daad. Voor een succesvolle schadevergoedingsactie dient derhalve niet alleen aan de Wet OHP genoemde voorwaarden te worden voldaan, maar ook aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Het gevolg van de oneerlijke handelspraktijk (en dus ook van misleiding) is op grond van artikel 6:193j lid 2 BW dat de handelaar aansprakelijk is voor de dientengevolge ontstane schade, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt. Op grond van artikel 6:193j lid 1 BW rust de bewijslast ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie op de handelaar die de informatie heeft verstrekt, mits dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure.

De uitgevende instelling is primair verantwoordelijk voor de inhoud van het prospectus. Niet alleen de uitgevende instelling kan echter op grond van de Wet OHP worden aangesproken. Zoals gezegd vormt het prospectus over het algemeen een publicatie van (in ieder geval) zowel de uitgevende instelling als de lead manager. Ook de lead manager loopt het risico aansprakelijk te worden gesteld voor misleiding in een prospectus.

In een disclaimer in het prospectus wordt vaak getracht de aansprakelijkheid van de lead manager voor de inhoud van het prospectus zo veel mogelijk te beperken.²⁵ Steeds vaker echter worden lead managers naast of in plaats van de uitgevende instelling aansprakelijk gesteld voor misleiding in het prospectus.²⁶ In 1994 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat niet alleen de uitgevende instelling maar ook de begeleidende bank onrechtmatig kan handelen door misleidende mededelingen in het prospectus openbaar te maken.²⁷ Een begeleidende bank die een door haar samengestelde tekst heeft openbaar gemaakt, kan door de keuze van de daarin opgenomen mededelingen de inhoud en inkleiding van die mededelingen zelf geheel of ten dele hebben bepaald in de zin van artikel 6:195 (oud) BW, ook indien de in die tekst opgenomen mededelingen van een of meer anderen afkomstig zijn. Zulks zal, aldus de Hoge Raad, evenwel anders zijn indien degene die de tekst openbaar maakt, daarin op niet mis te verstane wijze

25 R.E. de Rooy, *Emissies op de Nederlandse markt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 83.

26 L. Timmerman en M. Lennarts, 'Kapital 13: The Netherlands', in: Klaus J. Hopt en Hans-Christoph Voigt, *Prospekt- und Kapitalmarkt- Informationshaftung. Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA*, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 2005 p. 773-810.

27 HR 2 december 1994, NJ 1996, 246 (Coopag-arrest).

tot uitdrukking brengt dat bepaalde mededelingen niet van hem afkomstig zijn en dat hij niet voor de juistheid van die van een ander of van anderen afkomstige mededelingen instaat. In dat laatste geval kan, aldus de Hoge Raad, niet worden gezegd dat de lead manager de inhoud of de inkleding van dat gedeelte van het prospectus heeft bepaald. De lead manager wordt dan nog steeds geacht het prospectus openbaar te hebben gemaakt, maar de omkering van de bewijslast op grond van artikel 6:195 (oud) BW geldt in dat geval niet. De formulering van de omkering van de bewijslast in artikel 6:193j lid 1 BW van de Wet OHP wijkt overigens af van die van artikel 6:195 BW. Alhoewel volgens de wetgever geen inhoudelijke wijziging van de bewijslast(regel) is beoogd, is niet uitgesloten dat het verschil in redactie van deze artikelen door zal werken in de rechtspraktijk.²⁸ De wetgever heeft bij de invoering van de Wet OHP wel overwogen dat 'de rechtsbescherming van de consument nu hij een beroep zal moeten doen op de nieuwe afdeling 3a in plaats van afdeling 4 bij misleidende reclame, niet afneemt'.²⁹ De wijziging in de redactie van de artikelen zou dus in ieder geval geen wijziging in de rechtsbescherming van de consument tot gevolg mogen hebben.

Staat eenmaal vast dat een prospectus misleidend is, dan is voor de toekenning van de schadevergoeding vervolgens de vraag of de eisende beleggers hierdoor *daadwerkelijk zijn misleid*, en hierdoor schade hebben geleden. Uitgangspunt hierbij is volgens de Hoge Raad dat het oorzakelijk verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing in beginsel aanwezig is.³⁰

9.4.2 Collectieve acties

In de praktijk wordt prospectusaansprakelijkheid meestal gehandhaafd door een collectieve actie, die wordt ingesteld door een belangenbehartiger van consumenten (bijvoorbeeld een hiertoe opgerichte stichting of vereniging). Er bestaat hiervoor in Nederland een aantal mogelijkheden, waarvan de belangrijkste is de collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW. De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) is een veelvuldige speler in acties op de voet van dit artikel.³¹ Als voorbeeld kunnen worden genoemd de WOL-actie en de actie tegen Fortis.³² Bij een collectieve actie kan de belangenbehartiger op grond van artikel 3:305a BW een rechtsvordering

28 A.C.W. Pijls, 'Misleiding van het beleggend publiek, een oneerlijke handelspraktijk!', *Ondernemingsrecht* 2008 (9), 8 p. 342-349.

29 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6.

30 HR 27 november 2009, *RvdW* 2009, 1403, r.o. 4.11.2.

31 J.M.K.P. Cornegoor, 'Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 13-32.

32 Zie voor meer informatie de website van de VEB: <www.veb.net>.

instellen 'die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt'. Een collectieve vordering tot schadevergoeding is niet mogelijk.

Naast de collectieve actie is ook een groepsactie mogelijk, waarbij de belangenbehartiger handelt op basis van een volmacht van de individuele beleggers. Ten slotte bestaat nog de mogelijkheid van een actie op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).³³ Een tussen belangenorganisatie(s) en de schadeveroorzaker(s) vrijwillig gesloten vaststellingsovereenkomst tot de afwikkeling van massaschade kan op grond van deze wet algemeen verbindend worden verklaard door het gerechtshof te Amsterdam voor de hele groep van benadeelden (met een 'opt out' mogelijkheid).³⁴ Voorbeelden hiervan zijn de schikkingen die zijn bereikt tussen (onder andere) de VEB en Shell, Dexia en Vedior.³⁵

9.4.3 Bestuursrechtelijke handhaving

Via de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) kan prospectusaansprakelijkheid worden gehandhaafd door de AFM. Ingevolge artikel 3.4 lid 4 jo. artikel 8.8 Whc kan de AFM de overtreder van de Wet OHP een bestuurlijke boete of last onder dwangsom opleggen voor zover de oneerlijke handelspraktijk betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit. Onder die activiteiten wordt mede verstaan het aanbieden van effecten aan het publiek als bedoeld in artikel 5:2 van de Wft.³⁶ Ingevolge artikel 2.23 jo. 3.4 lid 5 Whc kan de AFM een beschikking tot het opleggen van een last onder dwangsom of boete tevens publiceren. De AFM heeft daarnaast de in afdeling 5.2 van de Awb opgenomen bevoegdheden tot het houden van toezicht op de naleving van de Wet OHP. Op grond van artikel 5:7 Awb kan de AFM verder een herstelsanctie opleggen zodra het gevaar voor de overtreding van de Wet OHP klaarblijkelijk dreigt. Zij kan bovendien optreden tegen zowel nationale als intracommunautaire inbreuken.³⁷ De handhavingsmogelijkheden van de AFM op grond van de Whc zijn overigens niet onbeperkt. Handhaving op grond van sectorspecifieke regelgeving heeft namelijk voorrang op de algemene regeling inzake oneerlijke handelspraktijken. De vraag kan bijvoorbeeld worden gesteld hoe de ex ante handhavingsbevoegdheid van de AFM zich verhoudt tot het

33 Stb. 2005, 340.

34 J.H. Lemstra, 'Belangenorganisaties als procespartij', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 35-53.

35 Zie voor meer informatie de website van de VEB: <www.veb.net>.

36 T.M.C. Arons, J.B.S. Hijink, A.C.W. Pijls, 'Oneerlijke handelspraktijken bij aanbiedingen van obligaties: een never ending story?', *WPNR* 2009, 6821, p. 953-957.

37 *Kamerstukken II* 2008/09, 30 928, nr. 3, p. 19.

maximumharmonisatie karakter van de Prospectusrichtlijn. Deze kwestie laat ik verder rusten.

Bij de uitgifte van het prospectus zijn zowel de uitgevende instelling als de lead manager aan te merken als handelaar die een handelspraktijk verricht. De AFM kan derhalve op grond van de Whc handhavend optreden jegens beide partijen.

Tot op heden zijn de pijlen van de AFM vooral gericht op uitgifte van effecten door bedrijven die zijn vrijgesteld van de prospectusplicht. De AFM heeft bijvoorbeeld tweemaal een last onder dwangsom opgelegd aan uitgevende instellingen van obligaties, ParTrusT Beheer B.V. en TRE Investments II B.V. ingevolge overtredingen van de Wet OHP. De lasten onder dwangsom strekten er kort gezegd toe bepaalde door de AFM als essentieel bevonden informatie te verstrekken aan zowel de beleggers als aan de AFM.³⁸

9.5 Het Nederlandse handhavingssysteem vanuit rechtseconomisch perspectief

9.5.1 Inleiding

De Europese wetgever eist dat handhaving van de regels doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is. De rechtseconomie voegt hier een dimensie aan toe, namelijk efficiëntie. Handhaving moet optimaal zijn en dus rekening houden met alle kosten die met de overtreding én de handhaving ervan gepaard gaan. Optimale handhaving zorgt ervoor dat de doelstellingen van de genoemde materieelrechtelijke regels worden bereikt tegen zo laag mogelijke kosten. De rechtseconomie neemt hierbij als uitgangspunt dat actoren rationeel handelen bij het maken van keuzes.³⁹ Ik stel mij in deze paragraaf de vraag in hoeverre het hiervoor beschreven handhavingssysteem vanuit rechtseconomisch perspectief efficiënt is. Ik doe dit aan de hand van een aantal relevante kenmerken van de wetgeving rondom prospectussen. Deze kenmerken zijn uiteraard niet uitputtend, maar maken het wel mogelijk om vanuit rechtseconomische optiek te bekijken wat werkt en waar eventuele problemen te verwachten zijn. Bij de behandeling van deze kenmerken

38 Zie hierover uitgebreid: T.M.C. Arons, J.B.S. Hijink, A.C.W. Pijls, 'Oneerlijke handelspraktijken bij aanbiedingen van obligaties: een never ending story?', *WPNR* 2009, 6821, p. 953-957.

39 De rationele keuzetheorie veronderstel ik bekend. Zie voor meer informatie bijvoorbeeld L.T. Visscher en W.C.T. Weterings, 'Rechtshandhaving', in: W.C.T. Weterings e.a., *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 223-244 en L. T. Visscher, 'Rechtshandhaving', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub, *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 65-148.

benoem ik tevens de knelpunten die vanuit rechtseconomische optiek te verwachten zijn. Op basis van deze potentiële knelpunten kom ik in de laatste subparagraaf tot de formulering van een aantal verbeteruggesties.

9.5.2 *Uitgevende instelling en de lead manager*

De belangen van de uitgevende instelling en de lead manager lopen lang niet altijd parallel. Met name de lead manager zit in een lastige positie: hij heeft een commercieel belang bij de uitgifte maar loopt ook het risico aansprakelijk te worden gesteld als de informatie in het prospectus achteraf onjuist of onvolledig blijkt te zijn en beleggers hierdoor schade lijden. Bovendien is het voor de lead manager lastig om vooraf een inschatting te maken van het bedrijf dat effecten wenst uit te geven en de risico's die met de uitgifte te maken hebben. Het (commerciële) belang dat beide partijen bij de samenwerking hebben, zal er bovendien voor zorgen dat partijen, eenmaal aan elkaar verbonden, de samenwerking niet snel zullen verbreken. Het komt ook regelmatig voor dat de lead manager een bestaande klantrelatie heeft met de uitgevende instelling.

Het belang dat de lead manager heeft bij juiste en volledige informatie in het prospectus kan bepalend zijn voor de kwaliteit van zijn diensten. De lead manager is een *gatekeeper*: zijn diensten zijn essentieel voor de uitgevende instelling. Bovendien heeft de lead manager een aanzienlijk reputatiekapitaal en haalt hij een kleiner voordeel uit een eventuele overtreding dan de uitgevende instelling.⁴⁰ Hoe minder belang de gatekeeper hecht aan een eventuele overtreding, hoe meer deze zich zal laten leiden door andere belangen. Deze zogenaamde 'gatekeeper failure' is wel gebruikt als (een van de) verklaring(en) voor een toename aan boekhoudfraudes in de VS in de jaren negentig, zoals bij Worldcom en Enron. Voor de gatekeeper failure zijn in deze theorie twee verklaringen.⁴¹ De eerste verklaring luidt dat gatekeepers simpel gezegd te weinig prikkels kregen om goed toe te zien op juiste en volledige informatieverstrekking, terwijl het tegelijkertijd steeds aantrekkelijker werd de uitgevende instelling niet op eventuele overtredingen te wijzen. Dit wordt toegeschreven aan ontwikkelingen in de jurisprudentie en het effectenrecht. Een andere verklaring voor de gatekeeper failure is de markteuforie, veroorzaakt door de internetzeepbel. Volgens deze theorie, gebaseerd op *behavioral economics*, zorgt de markteuforie

40 J.C. Coffee, *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, Columbia Law and Economics Working Paper Nr. 237, september 2003, p. 10-11.

41 J.C. Coffee, *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, Columbia Law and Economics Working Paper Nr. 237, september 2003, p. 27-46.

ervoor dat gatekeepers minder gewaardeerd worden in de markt. Zij hebben hierdoor minder invloed op hun opdrachtgevers en bovendien neemt de waarde van hun opgebouwde reputatiekapitaal af. Als oorzaken hiervan worden aangedragen enerzijds het feit dat mensen de neiging hebben om recente informatie (in casu stijging koersen) hoger te waarderen in hun besluitvorming dan oudere informatie (*availability heuristic*) en anderzijds dat mensen bovendien beslissingen nemen op basis van een (te) beperkte hoeveelheid informatie (*bounded rationality*).

Deze bevindingen zijn niet alleen maar relevant in het kader van boekhoudfraude. De genoemde argumenten zouden erop kunnen wijzen dat, indien de prikkels voor de lead manager vanuit het aansprakelijkheidsrecht komen, de mate van zorg die hij in acht neemt (onder meer) kan fluctueren afhankelijk van de ontwikkelingen in de markt, wetgeving en jurisprudentie. Zijn de beursontwikkelingen gunstig en zijn recentelijk geen schandalen rondom misleiding in prospectussen opgetreden, dan krijgt de lead manager minder zorgprikkels dan in een tegenovergestelde situatie. Deze stelling zou ondersteuning kunnen vinden in het gegeven dat de WOL-affaire een impuls lijkt te hebben gegeven aan de zorgprikkels van de lead manager.

Er is nog een aantal belangrijke argumenten waarom de lead manager wel wat te vrezen heeft van beleggers. Als beleggers de uitgevende instelling aansprakelijk stellen voor de schade die zij als gevolg van misleiding hebben geleden, betalen zij vaak indirect zelf de rekening. Een eventuele door de uitgevende instelling verschuldigde schadevergoeding komt immers ten laste van het vermogen van de uitgevende instelling. Bovendien gaat dan degene die feitelijk verantwoordelijk is voor de schade (een bestuurslid bijvoorbeeld) vrijuit. Dit is als het bestraffen van het slachtoffer van een diefstal voor het nemen van onvoldoende voorzorgsmaatregelen.⁴² Verder heeft de lead manager soms diepere zakken dan de uitgevende instelling, waardoor het vanuit solventieoogpunt interessanter kan zijn om de lead manager aan te spreken.

9.5.3 *Consumentenbeleggers als handhavers*

In de literatuur wordt als voordeel van handhaving via het aansprakelijkheidsrecht genoemd het feit dat de systeemkosten over het algemeen laag zijn. Meestal kan dan immers worden volstaan met open normen in plaats

42 J.C. Coffee, *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation*, Columbia Law and Economics Working Paper Nr. 293, oktober 2006, p. 30-43.

van het ex ante opstellen van gedetailleerde regels en bovendien kunnen partijen in overeenstemming met hun eigen voorkeuren handelen.⁴³

Beleggers zijn echter bij het maken van hun investeringsbeslissing grotendeels afhankelijk van de informatie die zij van de uitgevende instelling zelf krijgen. De ondernemingsleiding van de uitgevende instelling heeft in de regel de beschikking over meer informatie dan de belegger. Dit zorgt ervoor dat over het algemeen sprake zal zijn van *informatie-asymmetrie* tussen de consument en de uitgevende instelling.⁴⁴ Het zal voor de consument niet makkelijk zijn de in het prospectus opgenomen informatie te controleren en eventuele misleiding hierin te ontdekken. Sterker nog, het blijkt dat veel particuliere beleggers het prospectus niet eens lezen. En zij die dat wel doen, begrijpen vaak de inhoud niet of onvoldoende.⁴⁵

De vraag rijst daarom of privaatrechtelijke handhaving van prospectusaansprakelijkheid wel volstaat. Uiteraard zullen wettelijke informatieverplichtingen die op ondernemingen rusten, partijen ondersteunen om hun rechten te kunnen uitoefenen. Bovendien kan het helpen dat de bewijslast voor de juistheid en volledigheid van de informatie in beginsel rust bij degene die de handelspraktijk verricht. Private partijen missen echter de bevoegdheden om bij de uitgevende instelling ‘in de boeken’ te kijken, zoals toezichthouders dat wel kunnen. Private partijen zijn afhankelijk van publieke informatie. In de WOL-affaire bijvoorbeeld heeft de combinatie van aanhoudende berichten in de media over onduidelijkheden in de communicatie rondom de beursgang, de uiteindelijke duidelijkheid hierover door middel van een persbericht op basis van bevindingen van externe accountants en de sterke koersdaling er uiteindelijk toe geleid dat de VEB in actie is gekomen.⁴⁶

Mocht de consumentenbelegger de normovertreding ontdekken, dan nog is het maar de vraag in hoeverre hij daadwerkelijk actie zal ondernemen. Stel bijvoorbeeld dat de beleggers op grond van juiste en/of volledige informatie

43 L.T. Visscher en W.C.T. Weterings, ‘Rechtshandhaving’, in: W.C.T. Weterings e.a., *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 223-244.

44 W.H. van Boom en M. Loos, ‘Effective Enforcement of Consumer Law in Europe’, in: W.H. van Boom en M. Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law in Europe. Securing Compliance in Europe Through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 229-254.

45 T. van Dyck, *De geharmoniseerde prospectusplicht. Kritische analyse van de geharmoniseerde prospectusplicht in de Prospectusrichtlijn 2003/71/EG en haar omzettingen in België, Nederland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland*, (diss. Leuven) Brugge: Die Keure, 2010, p. 71-80.

46 B.W.G. van der Velden, ‘World Online en de zorgen van de lead manager’, *MvV* 2010, nr. 4, p. 64-68.

de betreffende effecten wel hadden aangeschaft, maar voor een lagere prijs. Hoe kleiner het prijsverschil, hoe groter de kans dat beleggers *rationeel apathisch* zullen reageren. Er is dan sprake van *strooischade*, waardoor actie ondernemen de consument meer kost (tijd, geld en moeite) dan niks doen. Een rationeel handelende consumentenbelegger zal dan niet in actie komen en zijn verlies nemen.⁴⁷ Indien een belegger ondanks alles toch actie onderneemt, speelt nog het *free rider* probleem: andere aandeelhouders kunnen gratis ‘meeliften’ op een eventuele actie die door een andere belegger wordt ingesteld.⁴⁸

Het is verder de vraag in hoeverre van het aansprakelijkheidsrecht als ex post handhavingsinstrument een ex ante prikkel tot naleving uitgaat. De efficiëntie van een handhavingsinstrument wordt rechtseconomisch immers gemeten aan de mate waarin het instrument potentiële overtreders afschrikt.⁴⁹ Gezien de informatie-asymmetrie en rationele apathie is het maar zeer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht voldoende prikkels geeft.⁵⁰ In het algemeen kan worden gesteld dat consumenten niet snel geneigd zijn actie te ondernemen indien ze zijn benadeeld. Bovendien zullen individuele consumenten meer gericht zijn op genoegdoening dan op het realiseren van een structurele oplossing voor de toekomst, bijvoorbeeld door een verbod op de handelspraktijk te vorderen.⁵¹

Deels kunnen private belangenbehartigers deze problemen verhelpen.⁵² Door het bundelen van de (kleinere) vorderingen van de individuele beleggers wordt het voeren van een procedure wellicht interessanter. Bovendien zal er bij deze belangenbehartigers doorgaans meer kennis en expertise aanwezig zijn, wat uiteraard de kans van slagen van een procedure kan vergroten.

47 L.T. Visscher, Rechtshandhaving, in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub, *Handhaving van en door het privaatrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 1e druk, 2009, p. 65-148.

48 H.W. Jackson, en M.J. Roe, ‘Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence’, *Journal of Financial Economics* 2009 (93) p. 207-238.

49 W.C.T. Weterings e.a., *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 223-244.

50 W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007/16, p. 982-991.

51 W.H. van Boom en M. Loos, Effective Enforcement of Consumer Law in Europe, in: W.H. van Boom en M. Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law in Europe. Securing Compliance in Europe Through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 229-254.

52 W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007/16, p. 982-991.

Niet alle problemen zijn hiermee echter uit de lucht. Private belangenbehartigers hebben voor wat betreft de informatieverzameling niet meer bevoegdheden dan de individuele consument. Bovendien zijn de mogelijkheden tot het vorderen van schadevergoeding beperkt. Dit verhoogt de drempel om te gaan procederen. Bij de groepsactie is het vorderen van schadevergoeding in beginsel wel mogelijk omdat de benadeelden hun vordering ter incasso kunnen overdragen. Dat dit de nodige haken en ogen heeft, wijst bijvoorbeeld het WOL-arrest⁵³ uit. In deze procedure is de groepsactie gestrand op het argument dat de Stichting VEB geen volledige openheid van zaken wilde geven over de identiteit van de belegger (kennelijk uit angst dat World Online een actie tegen deze beleggers zou starten).⁵⁴ Het alternatief van de WCAM-procedure is evenmin een panacee, want deze vereist een vrijwillig tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst en is dus lang niet in alle gevallen geschikt. Collectieve privaatrechtelijke handhaving van prospectusaansprakelijkheid lost derhalve niet alle problemen van individuele handhaving door beleggers op.

9.5.4 Ontwikkeling en efficiëntie van financiële markten

Bescherming van consumentenbeleggers hangt nauw samen met de mate waarin financiële markten zijn ontwikkeld. Meer en betere informatie, bijvoorbeeld door middel van publicatie van een prospectus, betekent dat de prijs van de effecten meer accuraat kan worden vastgesteld. Aldus betalen beleggers een eerlijker prijs voor de effecten en worden zij indirect beschermd. Een verhoogde marktefficiëntie betekent dus indirect een betere beleggersbescherming.⁵⁵ Wat betreft de rol die het effectenrecht speelt in de ontwikkeling van financiële markten valt ook wel het een en ander te zeggen over de (on)wenselijkheid van bepaalde sancties. Het blijkt namelijk dat voor de ontwikkeling van financiële markten publiekrechtelijke handhaving en wettelijke informatieverplichtingen een meer prominente rol spelen dan het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁶ Dit is ook wel verklaarbaar vanuit de imperfecties die het aansprakelijkheidsrecht in het effectenrecht met zich meebrengt, waaronder het feit dat een aansprakelijkheidsstelling

53 HR 27 november 2009, *RvdW* 2009, 1403.

54 B.W.G. van der Velden, 'World Online en de zorgen van de lead manager', *MvV* 2010, nr. 4, p. 64-68.

55 T. van Dyck, *De geharmoniseerde prospectusplicht. Kritische analyse van de geharmoniseerde prospectusplicht in de Prospectusrichtlijn 2003/71/EG en haar omzettingen in België, Nederland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland* (diss. Leuven), Brugge: Die Keure, 2010, p. 91-97.

56 H.W. Jackson, en M.J. Roe, 'Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence', *Journal of Financial Economics* 2009 (93), p. 207-238.

door beleggers het probleem meestal alleen maar verschuift van de ene naar de andere belegger en de feitelijk schuldige vaak vrijuit gaat. Ook in dit kader is de vraag derhalve gerechtvaardigd of privaatrechtelijke handhaving op zichzelf volstaat.

9.5.5 *Handhaving door de AFM*

Zoals gezegd heeft ook de AFM bevoegdheden om prospectusaansprakelijkheid handhaven. Ten opzichte van privaatrechtelijke handhaving heeft bestuursrechtelijke handhaving een aantal voor- en nadelen. Toezichthouders beschikken op grond van afdeling 5.2 Awb over uitgebreide toezichthoudersbevoegdheden en kunnen dus de beschikking krijgen over informatie waar private partijen niet bij kunnen. Bovendien heeft de AFM, in tegenstelling tot de lead manager, geen commercieel belang bij de uitgifte. Verder hangt aansprakelijkheidsrecht, zoals gezegd, door de geconstateerde imperfecties minder samen met de ontwikkeling van sterke financiële markten dan publiekrechtelijke handhaving (en informatieverplichtingen). De AFM zal minder beïnvloed worden door solventieoverwegingen bij de afweging hoe er gesanctioneerd moet worden. Zij kan immers ook niet-financiële sancties opleggen, bijvoorbeeld het vorderen van een verbod op een oneerlijke handelspraktijk. Sterker nog, in het kader van prospectusaansprakelijkheid zal een niet-financiële sanctie vaak de voorkeur hebben. Dit kan sanctionering door de AFM jegens de uitgevende instelling immers minder belastend maken voor beleggers.

Uiteraard heeft ook de inzet van de AFM nadelen. De AFM zal over het algemeen meer kosten moeten maken om informatie te verzamelen dan private partijen, wat handhaving door de AFM kostbaar maakt.⁵⁷ Toezichthouders hebben bovendien beperkte budgetten, waardoor zij selectief te werk moeten gaan bij het toezicht.⁵⁸

Zoals gezegd is de AFM momenteel nog niet erg actief wat betreft de handhaving van prospectusaansprakelijkheid. Zij richt zich met name op bedrijven die van de prospectusplicht zijn vrijgesteld. Gezien de voor- en nadelen zou handhaving door de AFM volgens mij wel een goede aanvulling

57 R. van den Bergh, 'Should consumer protection law be publicly enforced? An economic perspective on EC Regulation 2006/2004 and its implementation in the consumer protection laws of the member states', in: W.H. van Boom en M. Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law in Europe. Securing Compliance in Europe Through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 177-204.

58 M. G. Faure, A.I. Ogus, en N. Philipsen, 'Curbing Consumer Financial Losses: The Economics of Regulatory Enforcement', *Law & Policy* 31, Issue 2, April 2009, p. 161-191.

kunnen vormen op de privaatrechtelijke handhaving. Ik kom hier in de laatste subparagraaf nog uitgebreider op terug.

9.5.6 *Handhaving van open normen*

De artikelen 6:193c, 6:193d BW en 5:13 Wft zijn open normen. Het handhaven van deze open normen verdient bijzondere aandacht. Open normen brengen immers onzekerheid met zich mee voor de geadresseerden. Marktpartijen zullen zelf de norm moeten invullen en komen er vaak pas achteraf achter of zij de norm al dan niet hebben overtreden. Dit betekent hoge informatiekosten en bovendien is het niet ondenkbaar dat partijen inschattingfouten maken. Het al te zwaar sanctioneren van deze open normen is onwenselijk omdat dit bedrijven weleens te veel zou kunnen afschrikken. Bestuursrechtelijke ex post handhaving, een relatief zwaar middel, zal dan ook terughoudend moeten worden toegepast.⁵⁹ Ex ante bestuursrechtelijke handhaving zou echter hoge kosten met zich meebrengen, doordat de toezichthouder de juistheid van het prospectus voor de publicatie ervan zou moeten controleren. In feite doet de AFM dan hetzelfde als de lead manager, zij het vanuit een andere positie. Dit betekent dus (deels) vermenging van taken. Een ex ante inhoudelijke beoordeling door de AFM is mijns inziens dan ook niet wenselijk.⁶⁰

9.5.7 *Verbetering efficiënte handhaving in Nederland*

9.5.7.1 *Inleiding*

In de voorgaande subparagrafen is een aantal mogelijke knelpunten geconstateerd in de handhaving van prospectusaansprakelijkheid in Nederland. Naar mijn mening betekent dit dat het huidige handhavingssysteem nog niet optimaal is ingericht. Op basis van de geconstateerde knelpunten geef ik hieronder een aantal suggesties die de handhaving in Nederland zouden kunnen verbeteren. Uiteraard zullen er meer oplossingen bestaan voor de geconstateerde knelpunten dan de opties die ik aandraag. Wel kunnen deze knelpunten en verbeteringsuggesties nuttig zijn voor de beantwoording van de

59 R. van den Bergh, 'Should consumer protection law be publicly enforced? An economic perspective on EC Regulation 2006/2004 and its implementation in the consumer protection laws of the member states', in: W.H. van Boom en M. Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law in Europe. Securing Compliance in Europe Through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 177-204.

60 Waarbij uiteraard wel de kanttekening dat de lead manager, in tegenstelling tot de AFM, een commercieel belang heeft bij de uitgifte.

vraag hoe de handhaving van prospectusaansprakelijkheid optimaal kan worden ingericht.

9.5.7.2 *Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving*

Geconstateerd is dat consumentenbeleggers de tools en inzichten missen om prospectusaansprakelijkheid adequaat te handhaven. Privaatrechtelijke handhaving alleen zou kunnen leiden tot een handhavingstekort. Het is derhalve wenselijk dat de AFM in dit kader gebruik gaat maken van haar wettelijke bevoegdheden tot handhaving. Privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving kunnen elkaar, gezien de voor- en nadelen, goed aanvullen.

Het is wel van belang dat de AFM voorzichtigheid betracht bij de handhaving van open normen. Om te voorkomen dat open normen te zwaar worden bestraft, zou kunnen worden overwogen de AFM een taak te geven bij het begeleiden van marktpartijen bij de invulling van deze open normen. Veel overtredingen zijn immers niet het gevolg van doelbewuste handelingen maar van onwetendheid aan de kant van overtreeders.⁶¹ Een mogelijkheid is dat de AFM op verzoek van een uitgevende instelling of de lead manager een advies geeft over de invulling van de norm in een concreet geval. Een voorbeeld hiervan is het ‘copy advice’, een service die door de Advertising Standards Authority (ASA) in het Verenigd Koninkrijk wordt geboden. Reclame-uitingen kunnen ter toetsing worden voorgelegd aan de ASA, welke vervolgens een advies uitbrengt over de vraag in hoeverre de uiting aan de relevante wet- en regelgeving voldoet.⁶²

Mijn inschatting is dat een dergelijk ‘copy advice’ beter zal werken dan het opleggen van bestuurlijke sancties, zeker in het stadium waarin de open normen nog niet zijn uitgekristalliseerd. Naast de hiervoor genoemde redenen speelt in dit kader een rol dat de lead manager als gatekeeper waarschijnlijk minder gevoelig zal zijn voor financiële sancties dan voor bijvoorbeeld dreigende reputatieschade. Verder kunnen financiële sancties jegens de uitgevende instelling ook gevolgen hebben voor de beleggers, terwijl deze geen schuld dragen aan de overtreding. Ten slotte kan hiermee worden voorkomen dat de sancties jegens de lead manager te zwaar worden. De lead manager zal immers de risico’s die hij loopt doorberekenen in de prijs voor zijn diensten. Te zwaar sanctioneren kan ertoe leiden dat deze diensten onbereikbaar worden, terwijl deze juist essentieel zijn om

61 M. G. Faure, A.I. Ogus, en N. Philipsen, ‘Curbing Consumer Financial Losses: The Economics of Regulatory Enforcement’, *Law & Policy* 31, Issue 2, april 2009, p. 161-191.

62 Zie voor meer informatie: <<http://copyadvice.co.uk/>>.

misleiding in prospectussen te voorkomen en voor het bevorderen van het vertrouwen van beleggers in de uitgevende instelling.

9.5.7.3 *De lead manager*

De lastige positie waar de lead manager zich bij de uitgifte van de effecten in bevindt, in samenhang met enkel privaatrechtelijke handhaving, zorgt ervoor dat de handhaving jegens de lead manager momenteel nog niet optimaal is. Een aantal oplossingsrichtingen is denkbaar.

Gezien het potentiële handhavingstekort is het in de eerste plaats wenselijk dat de AFM handhavend optreedt jegens zowel de uitgevende instelling als de lead manager. De AFM heeft reeds de hiertoe benodigde bevoegdheden. Voor de optimale invulling van deze bevoegdheden verwijs ik naar de vorige subparagraaf.

Ten tweede kan ook het privaatrecht helpen de prikkels die de lead manager krijgt tot naleving te optimaliseren. Zoals gezegd tracht de lead manager zijn aansprakelijkheid voor de inhoud van het prospectus vaak zo veel mogelijk te beperken door middel van een disclaimer. Indien er een due diligence onderzoek is uitgevoerd, kan een dergelijke verklaring de beleggers echter op het verkeerde been zetten. De lead manager kan immers door het due diligence onderzoek een belangrijk deel van de inhoud van het prospectus controleren.⁶³ Timmerman deed in 1995 daarom de suggestie de lead manager bij een beursgang te verplichten in het prospectus te verklaren dat hij een due diligence heeft uitgevoerd. Op die manier wordt het onmogelijk om tegelijkertijd in het prospectus te verklaren dat alleen de uitgevende instelling verantwoordelijk is voor de informatie in (het grootste deel van) het prospectus. Vanuit rechtseconomische optiek lijkt mij dit een goede suggestie. Een dergelijke verklaring beperkt de werking van het disclaimer en kan zodoende bijdragen aan de zorgprikkel die de lead manager krijgt. Deze zorgprikkel bieden tegenwicht aan het commerciële belang van de lead manager bij de uitgifte van de effecten. Tevens kan de verklaring het vertrouwen van beleggers in de uitgevende instelling vergroten.

9.5.7.4 *Collectivering schadevergoedingsclaims*

Tot slot zou het afschrikwekkend effect van collectieve acties kunnen worden verbeterd. Te overwegen valt de drempel tot het starten van een procedure voor private belangenbehartigers te verlagen door hen meer

63 L. Timmerman en M. Lennarts, 'Kapital 13: The Netherlands', in: Klaus J. Hopt en Hans-Christoph Voigt, *Prospekt- und Kapitalmarkt- Informationshaftung. Recht und Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA*, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 2005 p. 773-810.

bevoegdheden te geven. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door het collectivieren van schadevergoedingsclaims. Het verbod op het vorderen van schadevergoeding in lid 3 van artikel 3:305a BW zou bijvoorbeeld buiten toepassing kunnen worden verklaard in het kader van prospectusaansprakelijkheid. Het valt buiten het bereik van deze bijdrage om hier verder op in te gaan.⁶⁴

9.6 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal in hoeverre de handhaving van prospectusaansprakelijkheid in Nederland efficiënt is en waar deze eventueel aanpassing behoeft. Mijn conclusie is dat het Nederlandse handhavingssysteem nog niet optimaal is ingericht, wat in de praktijk tot een handhavingstekort zou kunnen leiden. Een paar specifieke punten verdienen aandacht.

In de eerste plaats volstaat privaatrechtelijke handhaving op zichzelf niet. Bestuursrechtelijke handhaving ernaast is nodig om de overtreding te constateren. Private partijen missen hiertoe de inzichten en de tools.

Verder zou het naar mijn mening een verbetering zijn indien een collectieve schadevergoedingsactie mogelijk zou worden gemaakt in het kader van de handhaving van prospectusaansprakelijkheid. Dit verlaagt de drempel voor het instellen van een collectieve actie en vereenvoudigt zodoende de privaatrechtelijke handhaving.

Wat betreft de lead manager geldt dat de commerciële prikkels die hij krijgt bij het uitgifteproces onder bepaalde marktomstandigheden te weinig tegenkracht ondervinden. Het verdient daarom aanbeveling dat de AFM gebruik gaat maken van haar bevoegdheden om op te treden jegens de lead manager wegens overtreding van de Wet OHP. Ook zou overwogen kunnen worden de lead manager, indien hij een due diligence onderzoek heeft uitgevoerd, wettelijk te verplichten dit in het prospectus te verklaren.

Om problemen met betrekking tot de invulling van de open normen te verminderen, zouden ten slotte de mogelijkheden kunnen worden onderzocht om de AFM partijen te laten begeleiden bij de invulling van open normen. Een mogelijkheid hiertoe is een ex ante advies over de concrete invulling van de open normen en het openbaar maken van algemene informatie over de invulling van de normen.

Er is echter wel een aantal randvoorwaarden. De lead manager levert maatschappelijk nuttige diensten, welke toegankelijk dienen te blijven. Verder is voorzichtigheid geboden bij het beboeten van open normen. De voorkeur

64 De mogelijkheden die in het Nederlandse recht bestaan om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen zijn uitgebreid uiteengezet door B.J. de Jong, 'Class actions made difficult', *Ondernemingsrecht* 2007 (14), p. 514-522.

gaat in dergelijke gevallen uit naar een vorm van ex ante begeleiding van marktpartijen. Verder bestaat het gevaar dat, bij de handhaving, in de praktijk te veel de nadruk komt te liggen bij de lead manager, waardoor de uitgevende instelling te weinig prikkels tot naleving krijgt. De combinatie van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving zal er dan voor moeten zorgen dat beide partijen voldoende worden geprikkeld.

X Het bevorderen van een buitengerechtelijke afwikkeling door het introduceren van een nieuwe procesvorm; een paradox?

Een onderzoek naar de ‘raakheid’ van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade.

M.A. Tuls

In deze bijdrage wordt betoogd dat de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade naar de verwachting van de schrijver geen rake remedie zal zijn. In het onderzoek is een aantal grote knelpunten aan het licht gekomen, waardoor de deelgeschilprocedure naar de verwachting van de auteur niet zal leiden tot bevordering van de buitengerechtelijke afwikkeling bij letsel- en overlijdensschade. Ten eerste wordt verwacht dat er niet voldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar zijn om de snelheid en kwaliteit van deelgeschilprocedures te waarborgen. Ten tweede is het zorgelijk dat rechters geen uniform beleid zullen voeren. Daardoor bestaat het gevaar dat partijen nog meer dan thans het geval is, strategische keuzes zullen gaan maken met betrekking tot het kiezen van een rechter (forum-shoppen). Dit in combinatie met het ontbreken van een mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een deelgeschilbeslissing, lijkt niet bevorderend te zijn voor de kwaliteit van de rechtspraak. Volgens de auteur zou er beter onderzoek gedaan moeten worden naar maatregelen die de snelheid van de procedure en kwaliteit van de rechtspraak kunnen waarborgen.

10.1 Inleiding

Op 1 juli 2010 zal de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in werking treden.¹ Dat de wetgever een deelgeschilprocedure nodig acht, geeft aan dat er problemen zijn in de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade. Daarom zal ik allereerst ingaan op deze problemen. Daarna schets ik de doelen die de wetgever met de deelgeschilprocedure voor ogen heeft. Vervolgens zal ik aangeven wat de verwachtingen in de rechtspraak zijn over de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure. Tot slot schets ik mijn verwachting met betrekking tot de haalbaarheid van de door de wetgever gestelde doelen. Zoals in deze bijdrage naar voren zal komen, is de deelgeschilprocedure bedoeld als remedie om een impasse in

1 Publicatie zal plaatsvinden in het *Staatsblad* van 30 juni 2010.

de onderhandelingen te doorbreken. De vraag is echter of het introduceren van deze nieuwe procesvorm een rake manier is om de buitengerechtelijke afwikkeling te bevorderen. Deze bijdrage is deels gebaseerd op literatuuronderzoek en deels op interviews met verzekeraars en hun belangenbehartigers, met belangenbehartigers van het slachtoffer en met een aantal rechters.²

10.2 Welke problemen bestaan er in de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade?

De afwikkeling van letselschade staat de laatste jaren volop in de belangstelling. In de literatuur wordt veel aandacht besteed aan problemen die voorkomen bij de afwikkeling van letsel- en overlijdensschade. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen problemen die voorkomen tijdens de onderhandelingsfase en tijdens de procedure bij de rechter. De deelgeschilprocedure is gericht op het verbeteren van het buitengerechtelijke traject. Vandaar ook dat ik me uitsluitend richt op problemen die bij de buitengerechtelijke afwikkeling voorkomen. Hierna zal ik ingaan op de problemen die tijdens mijn onderzoek het sterkst naar voren kwamen.

Het overgrote deel van de personenschadeclaims wordt buitengerechtelijk afgehandeld.³ Dat betekent niet dat de onderhandelingen tussen (de belangenbehartiger van) het slachtoffer of nabestaande en de verzekeraar soepel verlopen.

10.2.1 Lange duur onderhandelingen

Het meest genoemde probleem is dat de onderhandelingen jaren in beslag kunnen nemen. Dit langdurige onderhandelingstraject heeft verschillende oorzaken. Allereerst bestaan er in een geschil vele tegengestelde belangen. Voorgesteld kan worden dat het slachtoffer en zijn belangenbehartiger streven naar een hoger bedrag aan schadevergoeding dan de aansprakelijke partij of haar verzekeraar wil uitkeren. Als partijen competitief onderhandelen

2 Met dank aan dhr. mr. Van Dijk (Kennedy van der Laan); dhr. Van Geenen (Zürich Verzekeringen); mw. mr. De Groot (Rechtbank Amsterdam); mw. mr. Hoekstra (Rechtbank Den Haag); dhr. mr. Kremer (PIV); dhr. mr. Sap (Rechtbank Utrecht); dhr. Stijlen (HDI Verzekeringen); mw. mr. Van Wassenauer (Beer Advocaten); mw. mr. Willink (Rechtbank Den Haag).

3 Naar schatting van Weterings komt ongeveer 1 tot 5% van alle letselschadeclaims bij de rechter terecht. Zie W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 20.

en allebei streven naar maximale winst, dan kan dit problemen opleveren.⁴ Daarnaast kunnen partijen uiteenlopende visies hebben over hun proceskansen, wat van invloed kan zijn op de houding van partijen tijdens de onderhandelingen. Als een van de partijen zijn proceskansen niet goed inschat, dan kan het zijn dat hij een extreem en onrealistisch standpunt inneemt. Dit positioneel onderhandelen, kan ertoe leiden dat partijen minder bereid zijn om concessies te doen, waardoor de kans op vastlopende onderhandelingen toeneemt.⁵ Uit de door mij gehouden interviews kwam naar voren dat partijen van elkaar vinden dat ze weinig informatie verstrekken en dat ongunstige informatie achtergehouden wordt. Verzekeraars vinden bijvoorbeeld dat ze vaak te weinig informatie verkrijgen over de gezondheidstoestand van het slachtoffer. Het niet, laat of ongestructureerd verstrekken van informatie kan een vertragende werking hebben op de onderhandelingen. Een moeizame communicatie kan ook worden veroorzaakt door negatieve emoties of persoonlijke botsingen. Ook eigen, afwijkende belangen van de belangenbehartiger kunnen tot problemen leiden.⁶ De ervaring en deskundigheid van een belangenbehartiger kan goed zijn voor het slachtoffer, want daardoor wordt de machtsverhouding evenwichtiger. Maar sommige belangenbehartigers gebruiken het slachtoffer om hun eigen winst te maximaliseren. In zo'n geval is een belangenbehartiger niet gebaat bij een snelle oplossing van het conflict, omdat hij dan minder uren kan 'schrijven'.

Het feit dat beide partijen 'repeat players' zijn en elkaar dus kennen van vorige zaken, kan van invloed zijn op de onderhandelingen. Als de onderhandelingen in vorige zaken soepel verliepen, kan dat een gunstig effect hebben op de huidige zaak. Het kan zijn dat partijen meer vertrouwen in elkaar hebben en beter hun best doen om er samen uit te komen. Het tegenovergestelde effect is ook mogelijk. Als de onderhandelingen de vorige keer stroef verliepen, kan het zijn dat partijen nu ook minder snel tot overeenstemming komen.

4 Zie W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 35.

5 W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 36.

6 W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 38.

Naast deze onderhandelingsstoornissen wordt de lange duur van de afhandeling van letselschadezaken ook veroorzaakt door de aard van de letselschade. Pas op het moment dat het letsel genezen of geconsolideerd is, kunnen de gevolgen in kaart worden gebracht. Er kan soms één à twee jaar overheen gaan voordat het letsel stabiel is. Alleen al dit aspect van letselschadezaken zorgt ervoor dat er jaren overheen kunnen gaan, voordat de afwikkeling van de schade op gang komt.

10.2.2 *Terugkerende geschilpunten*

Problemen tijdens de onderhandelingen worden tevens veroorzaakt door de complexiteit van letselschadezaken. Volgens verzekeraars en belangenbehartigers van het slachtoffer blijkt dat veel discussies bij de afhandeling van letselschade gaan om de vraag of een juridisch causaal verband bestaat tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de klachten. Er kan vaak geen goed onderscheid worden gemaakt tussen de juridische en medische causaliteit.⁷ Voor medici is causaliteit een feitelijk begrip. Van een causale relatie met een ongeval is volgens medici sprake wanneer klachten objectiveerbaar en medisch verklaarbaar zijn. Dit is een groot verschil met de juridische causaliteit op basis van artikel 6:98 Burgerlijk Wetboek.⁸ Hierbij spelen factoren als de aard en ernst van het letsel, alsmede de mate van (on)zorgvuldigheid van het gedrag van de gedaagde een rol.

Tevens ontstaan veel problemen over de juridische causaliteit bij ziektebeelden die niet medisch objectiveerbaar zijn, zoals burn-out, RSI en whiplash. De juridische causaliteit is moeilijk vast te stellen omdat de aansprakelijke partij de benadeelde moet nemen zoals hij is, ook als een ongeval uitsluitend door de predispositie tot de schade heeft geleid. Aan de andere kant moet de predispositie ook in aanmerking genomen worden bij de vergelijking tussen de toestand zonder en met ongeval bij vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval.⁹ In beide situaties moet dus gekeken worden naar de persoon in concreto, en niet naar de 'normale, fitte' persoon. Verzekeraars en (belangenbehartigers) van het slachtoffer kunnen langdurig discussiëren over dit effect van de predispositie op de hypothetische situatie zonder ongeval.

7 Zie ook Chr. H. van Dijk, 'Juridische causaliteit tussen klachten en ongeval. Ontwikkelingen ten aanzien van de zoektocht naar juridische causaliteit klachten en ongeval', *PIV-bulletin* 2005-2, p. 15.

8 Het verschil tussen juridische en medische causaliteit blijkt ook uit het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433.

9 A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij Letselschade en Medische Expertise', *TVP* 2003-4, p. 93-104.

Een ander geschilpunt betreft het vaststellen van de omvang van de schade. Bij letselschadezaken ontstaan voornamelijk problemen bij het bepalen van het verlies aan arbeidsvermogen van het slachtoffer als gevolg van het ongeval. Het vertrekpunt hierbij is wat een slachtoffer zou hebben verdiend als het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁰ Vooral bij jonge kinderen, die als gevolg van het ongeval niet meer in staat zijn om te werken, is het erg moeilijk om hier een voorspelling over te maken. Niemand kan in de toekomst kijken en daarom is het erg lastig om bij kinderen te voorspellen wat iemand verdiend zou hebben als het ongeval niet had plaatsgevonden. Het ‘verlies verdienvermogen’ zorgt dan ook vaak voor meningsverschillen tussen verzekeraars en (belangenbehartiger van) het slachtoffer.

De complexiteit van letselschadezaken zorgt ervoor dat vaak een deskundige nodig is. Het inschakelen van een deskundige kan ook tot strubbelingen leiden. Uit de interviews bleek dat partijen het vaak eens zijn over het feit dat zij vragen zullen voorleggen aan een deskundige. Zij komen echter moeilijker tot overeenstemming over de persoon van deskundige en welke vragen gesteld moeten worden.

Uit interviews met zowel belangenbehartigers als verzekeraars is gebleken dat ook het vergoeden van de buitengerechtelijke kosten tot veel onenigheid kan leiden. De vraag of het slachtoffer aanspraak kan maken op rechtskundige bijstand is vaak niet het probleem. De omvang van de kosten en de mate van verhaalbaarheid op de aansprakelijke partij geeft daarentegen wel aanleiding tot veel discussie.¹¹ Verzekeraars menen dat sommige advocaten te veel loon en uren rekenen voor hun werkzaamheden. Belangenbehartigers menen daarentegen dat sommige verzekeraars een lage vergoeding uitkeren voor de buitengerechtelijke kosten.¹²

10.2.3 *Erkenning en bejegening*

De huidige praktijk van letselschadezaken is vooral gericht op materiële schadevergoeding. Dit kan een spanningsveld opleveren, omdat slachtoffers graag erkenning willen voor het leed dat hun is aangedaan, terwijl het proces vooral gericht is op financiële compensatie. Uit verscheidene interviews is gebleken dat slachtoffers graag gehoord willen worden en erkenning

10 D.J. ten Boom, ‘Normering in de berekening van personenschade: Audalet inside’, *TVP* 2002, p. 121-122.

11 Dit blijkt ook uit J. Sap, ‘Op weg naar normering van buitengerechtelijke kosten’, *TVP* 2008, p. 45.

12 Zie ook H.J. den Hollander, ‘Kwaliteitsverbetering in het schadeafwikkelings-traject: de scherpshutters van Tilburg’, *TVP* 2005, p. 131.

willen voor wat hen is aangedaan. Aan deze immateriële behoeften van het slachtoffer wordt in de onderhandelingen echter nauwelijks aandacht besteed.¹³

10.3 Welke doelen heeft de wetgever met de deelgeschilprocedure voor ogen?

De hiervoor besproken problemen in de afwikkeling van letselschadezaken geven aan dat het buitengerechtelijke afwikkelingstraject behoefte heeft aan versterking. De wetgever acht een versterking van de buitengerechtelijke afhandeling dan ook noodzakelijk, mede omdat het overgrote deel van de personenschades buitengerechtelijk afgewikkeld wordt.¹⁴ Daarom heeft de wetgever een nieuwe procesvorm in het leven geroepen: de deelgeschilprocedure. Hiermee krijgen partijen een extra instrument in handen om vastgelopen onderhandelingen te doorbreken.¹⁵ De deelgeschilprocedure beoogt dan ook de toegang tot de rechter te verbeteren.¹⁶ Deze procedure kan gezien worden als een aanvulling op de reeds bestaande procesrechtelijke instrumenten.¹⁷ De bedoeling van de wetgever is om een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter te bieden, om deelgeschillen in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase op te lossen. Het doel van deze regeling is de totstandkoming van een minnelijke regeling bevorderen.¹⁸

De deelgeschilprocedure moet voorkomen dat zaken ontsporen door partijen in een eerder stadium en op eenvoudige wijze de mogelijkheid te bieden om naar de rechter te stappen.¹⁹

De uitspraak van de rechter over een deelgeschil moet ervoor zorgen dat partijen weer verder kunnen met de onderhandelingen en deze mogelijk definitief kunnen afronden. Tevens beoogt de wetgever met de deelgeschilprocedure de rechtsontwikkeling te stimuleren, doordat rechterlijke uitspraken in toekomstige zaken toegepast kunnen worden.²⁰ Kortom, het doel van de wetgever is het versterken en versnellen van het buitengerechtelijke

13 Dit blijkt o.a. uit R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel 1, Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007, <www.wodc.nl>.

14 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

15 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

16 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

17 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 3 (MvT).

18 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2 (MvT).

19 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 2/3 (MvT).

20 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 3 (MvT).

onderhandelingstraject bij letsel- en overlijdensschade door middel van een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter.

10.4 Hoe is de deelgeschilprocedure vormgegeven?

De deelgeschilprocedure bestaat uit een zevental artikelen, namelijk artikel 1019w-1019cc. Deze artikelen zullen ingevoegd worden in een nieuwe titel zeventien van boek drie van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).²¹

10.4.1 *Aanvang procedure*

Op basis van artikel 1019w lid 1 Rv vangt de deelgeschilprocedure aan met een verzoekschrift.²² Zowel degene die schade lijdt als degene die daarvoor aansprakelijk wordt gehouden, hebben onafhankelijk van elkaar de mogelijkheid om in de buitengerechtelijke fase zich tot de rechter te wenden. Indien de benadeelde rechtstreeks betaling van de aansprakelijkheidsverzekeraar ontvangt, kan ook deze verzekeraar een deelgeschilprocedure beginnen.²³ Onder 'een persoon die schade lijdt door dood of letsel' wordt mede verstaan een opvolger onder algemene titel van de benadeelde (de nabestaanden) alsmede een derde in de zin van artikel 6:107 Burgerlijk Wetboek.²⁴ De wetgever heeft ervoor gekozen om de regeling alleen toegankelijk te maken voor personen voor wie trage afwikkeling van de schade het meest belastend is.²⁵

10.4.2 *Eenzijdig en gezamenlijk verzoek*

Een gezamenlijk verzoekschrift verdient volgens de wetgever in het algemeen de voorkeur, maar toch is er bewust voor gekozen om het instellen van een deelgeschilprocedure niet afhankelijk te maken van voorafgaande overeenstemming.²⁶ Waarom een gezamenlijk verzoekschrift de voorkeur verdient, wordt niet expliciet genoemd. Bedacht zou kunnen worden dat in zo'n geval beide partijen maximaal achter de beslissing van de rechter

21 Het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure wordt buiten beschouwing gelaten. Voor een uitgebreide behandeling van de financiële prikkels van deze wet, verwijs ik naar het hoofdstuk van A. Oude Hergelink.

22 Wetsvoorstel Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 518A.

23 Art. 1019w lid 3 Rv.

24 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 15 (MvT).

25 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 15 (MvT). De regresnemer en cessionaris zijn van de deelgeschilprocedure uitgesloten.

26 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 15 (MvT).

staan. Een andere reden kan zijn dat in geval van een gezamenlijk verzoek beide partijen van mening zijn dat ze er in de onderhandeling zonder hulp van de rechter niet uitkomen. Ook is in deze gevallen de kans kleiner dat misbruik van de procedure gemaakt wordt en de deelgeschilprocedure als vertragings techniek wordt gebruikt. Het feit dat partijen er niet in slagen om een gezamenlijk verzoek in te dienen, kan gezien worden als aanwijzing dat ze er na het rechterlijk oordeel, buiten rechte ook niet samen uitkomen. Het is moeilijk denkbaar in welke gevallen de rechter een gezamenlijk verzoek zal afwijzen. Als partijen er kennelijk van overtuigd zijn, dat een deelgeschil bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, op basis waarvan kan dit dan afgewezen worden?

10.4.3 Bevoegdheid rechter

Op grond van artikel 1019x lid 1 Rv is de rechter bevoegd tot wiens absolute en relatieve bevoegdheid de zaak behoort, indien deze in een bodemprocedure in eerste aanleg aanhangig gemaakt zou worden. Indien de vordering in de bodemprocedure een kantonzaak zou zijn, dan wordt ook het deelgeschil aan de kantonrechter voorgelegd.²⁷ De rechter dient zijn bevoegdheid en sectorcompetentie summierlijk maar zorgvuldig te beoordelen.²⁸

De relatieve bevoegdheid voor verzoekschriftprocedures is geregeld in artikel 262-270 Rv. De bevoegdheidsregel van artikel 262 aanhef, onder b Rv moet worden toegepast omdat het geschil ten principale met een dagvaarding moet worden ingeleid.²⁹ Dit artikel bepaalt dat indien een verzoek betrekking heeft op een (in te leiden) dagvaardingsprocedure, de competentieregels van die procedure gevolgd moeten worden.³⁰ Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat de competentieregels van de WAM gevolgd moeten worden. Op basis van deze wet kan de benadeelde strategische keuzes maken voor welke rechtbank hij de aansprakelijke partij of diens verzekeraar wil dagvaarden.³¹ Als hij de aansprakelijke partij dagvaardt, kan hij kiezen tussen hetzij de rechter van de woonplaats van benadeelde, hetzij voor de rechter van de woonplaats van de aansprakelijke partij, hetzij voor de rechter

27 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 16 (MvT).

28 Art. 1019x lid 1 Rv.

29 Zie ook J. Sap, 'Procederend onderhandelen: de deelgeschilprocedure bij letsel- en overlijdensschade', *TVP* 2008, p. 103.

30 Zie ook E.L. Schaafsma-Beversluis, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 262, aant. 7.

31 Dit wordt ook wel forumshopping genoemd.

van de plaats van het ongeval.³² Dezelfde keuzemogelijkheid bestaat als de verzekeraar gedagvaard wordt.³³

Artikel 1019x lid 2 Rv bepaalt dat indien een van de partijen reeds eerder een verzoek als bedoeld in artikel 1019w heeft gedaan, het verzoek wordt gedaan aan de rechter die het eerdere verzoek heeft behandeld of laatstelijk heeft behandeld. Onverminderd artikel 71 Rv is deze rechter tevens bevoegd kennis te nemen van de zaak ten principale indien deze wordt aangebracht.³⁴ Wanneer bijvoorbeeld een deelgeschilprocedure gevolgd is bij de rechter in Utrecht, en partijen daarna een bodemprocedure beginnen, dan is de rechter in Utrecht tevens bevoegd om van de zaak ten principale kennis te nemen.³⁵ De bedoeling is dus dat de rechter die heeft geoordeeld over een deelgeschil, ook over een volgend deelgeschil of bodemprocedure oordeelt.³⁶ De gedachte daarachter is dat kennis over een bepaalde zaak zo veel mogelijk geconcentreerd moet worden bij dezelfde rechter.³⁷

10.4.4 Toepassingsgebied

Artikel 1019z Rv bepaalt dat de rechter een verzoek om een deelgeschilbeslissing afwijst indien deze naar zijn oordeel onvoldoende bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.³⁸ De rechter heeft een ruime beoordelingsvrijheid bij de beslissing of hij een verzoek in behandeling neemt.³⁹ De rechter moet bij zijn beslissing de investering in tijd, geld en moeite van de deelgeschilprocedure afwegen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren.⁴⁰ Het gaat dus om een kosten-batenanalyse op basis waarvan de rechter het verzoek in behandeling neemt dan wel het verzoek afwijst. Het uitgangspunt is dat de procedure snel, eenvoudig en kostenefficiënt dient te zijn.⁴¹

32 Zie art. 6 WAM.

33 Zie art. 7 WAM.

34 Art. 1019x lid 2 Rv.

35 Art. 1019x lid 2 Rv.

36 Vgl. Chr. H. van Dijk, 'Bevoegde rechter en bevoegdheden van de rechter', *Verkeersrecht* 2010, p. 168.

37 Zie het amendement van 30 juli 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 518, nr. 14.

38 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 518, nr. 8, p. 9.

39 W. van der Velde, 'De wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade', *AA* 2010, p. 345.

40 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 358, nr. 8, p. 9.

41 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 17 (MvT).

Het toepassingsgebied van de procedure wordt begrensd door het vereiste dat een uitspraak moet kunnen bijdragen aan de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst.⁴²

Aan de orde kunnen worden gesteld geschillen omtrent de materiële rechtsverhouding tussen partijen.⁴³ Dit zijn vragen betreffende de juridische verhouding waarover partijen in onderhandeling zijn.⁴⁴ Zo kan de deelgeschilrechter bijvoorbeeld worden verzocht een beslissing te geven over de aansprakelijkheid, causaliteit, relativiteit, eigen schuld of vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Het oordeel van de rechter kan betrekking hebben op zuiver juridische vragen maar ook op juridisch relevante feiten waarover tussen partijen een geschil bestaat.⁴⁵

Naast geschillen over de materiële rechtsverhouding tussen partijen kunnen ook geschillen van processuele aard in de procedure aan de orde komen. Partijen kunnen dus ook een beslissing van de rechter vragen over de wijze waarop partijen zich tijdens het schaderegelingproces dienen te gedragen. Deze meer procedurele aspecten kunnen gaan over de wijze van informatieverstrekking, inschakeling van een deskundige of medewerking aan verdere medische onderzoeken.⁴⁶

10.4.5 *Verhouding met bodemprocedure*

De deelgeschilprocedure staat er niet aan in de weg om de vordering alsnog aan de rechter voor te leggen in een bodemprocedure. Het uitgangspunt is wel dat door de beslissing van de rechter een bodemprocedure niet meer nodig zal zijn.⁴⁷ Het is immers de bedoeling dat partijen na de beslissing van de rechter in staat zullen zijn om de schade buitengerechtelijk vast te stellen.⁴⁸ Er bestaat ook ruimte voor een deelgeschilprocedure indien al een bodemgeschil aanhangig is. Dit is alleen van belang in de fase kort na de inwerkingtreding van de wet, wanneer reeds bodemprocedures lopen die eigenlijk een deelgeschil betreffen. In andere gevallen biedt deze bepaling geen oplossing want waarom zou je eerst een bodemprocedure aanhangig maken om vervolgens alsnog een (snellere) deelgeschilprocedure te starten?

42 Art. 1019z Rv.

43 Art. 1019cc lid 1 Rv.

44 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19 (MvT).

45 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19 (MvT).

46 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19 (MvT).

47 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 15 (MvT).

48 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 15 (MvT).

10.4.6 *Rechtsmiddelen*

Artikel 1019bb Rv bepaalt dat tegen de beschikking in de deelgeschilprocedure als zodanig geen voorziening openstaat. Deze bepaling is bedoeld om partijen ook daadwerkelijk in staat te stellen de buitengerechtelijke onderhandelingen snel af te ronden. De deelgeschilprocedure voorziet in een extra mogelijkheid om de rechter te raadplegen en doet niet af aan het feit dat een bodemprocedure gestart kan worden. Wordt nadien in een bodemprocedure hoger beroep ingesteld, dan kan de beslissing over de materiële rechtsverhouding uit de deelgeschilprocedure wel in volle omvang ter discussie worden gesteld. Dit geldt echter niet voor veroordelingen en beschikkingen over procedurele aspecten.

10.4.7 *Bindende kracht*

Ingevolge artikel 1019cc Rv is de bodemrechter in zekere mate gebonden aan beslissingen uit de deelgeschilprocedure omtrent geschillen over de materiële rechtsverhouding tussen partijen. Beschikkingen betreffende de materiële rechtsverhouding komen de bindende kracht toe van een zonder voorbehoud gegeven beslissing in een tussenvonnis. Uit de memorie van toelichting blijkt dat er wordt aangeknoopt bij de leer van de bindende eindbeschikking.⁴⁹ Dit houdt in dat de bodemrechter in beginsel gebonden is aan de uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing in de deelgeschilprocedure betreffende de materiële rechtsverhouding, tenzij blijkt dat deze eindbeslissing op een onjuiste grondslag berust.⁵⁰ Wat de gevolgen zijn van een beschikking betreffende de meer procedurele aspecten, is nog niet bekend. Het wetsvoorstel voorziet niet in een bepaling omtrent deze gevolgen. Volgens de wetgever zullen in de meeste gevallen de procedurele aspecten van de beslissing in de bodemprocedure niet meer aan de orde komen.⁵¹ Indien deze aspecten in de bodemprocedure wel naar voren komen, heeft de bodemrechter volgens de wetgever voldoende middelen om daar bij de beoordeling van de vordering rekening mee te houden.⁵²

10.5 Wat is de verwachting in de rechtspraktijk over de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure?

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de Wet deelgeschilprocedure ook daadwerkelijk zal bijdragen aan een snellere en betere afwikkeling van

49 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 20 (MvT).

50 Zie bijvoorbeeld HR 25 april 2008, *NJ* 2009, 533.

51 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 20 (MvT).

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 20 (MvT).

het minnelijke traject. De werking van de deelgeschilprocedure hangt in belangrijke mate af van de manier waarop men hier in de praktijk mee omgaat. Vandaar ook dat ik mensen uit het veld heb geïnterviewd om te vragen hoe zij invulling zullen gaan geven aan de deelgeschilprocedure en wat hun verwachtingen zijn met betrekking tot de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure.

Om te beginnen kan gezegd worden dat er geen algemene verwachting is binnen de rechtspraak. Niemand weet precies hoe aan de wet invulling zal worden gegeven. Opvallend is wel dat rechters zeer verschillende visies hebben over bepaalde onderdelen van de wet. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt door de manier waarop de wet is vormgegeven. Er zijn in de wet namelijk weinig grenzen of beperkingen aangegeven, waardoor de rechter veel beleidsvrijheid toekomt ten aanzien van het oordeel of het verzoek bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De rechter komt ten eerste een grote mate van vrijheid toe wat betreft het af- of toewijzen van een verzoek om een deelgeschil. Uit interviews bleek dat over het wel of niet in behandeling nemen van een verzoek verschillende opvattingen bestaan. Enerzijds bestaat de opvatting dat de oplossing van elk geschilpunt bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Volgens deze opvatting moet *aannemelijk* gemaakt worden dat partijen de wil hebben om verder te onderhandelen. Anderzijds bestaat de opvatting dat de rechter *overtuigd* moet zijn dat partijen, na het oordeel over een deelgeschil, een vaststellingsovereenkomst bereiken. Dit is duidelijk een strenger criterium dan de vorige opvatting. Rechters zijn op dit moment dus zeer verdeeld over de vraag wanneer een rechterlijk oordeel bijdraagt aan een vaststellingsovereenkomst.

De rechter heeft niet alleen een grote mate van vrijheid wat betreft de inhoudelijke toets, maar ook wat betreft het moment waarop hij besluit een verzoek in behandeling te nemen. De memorie van toelichting geeft aan dat de rechter op basis van het verzoekschrift moet kunnen beoordelen of er perspectief bestaat op een buitengerechtelijke afwikkeling.⁵³ Volgens de wetgever kan een verzoek dus afgewezen worden, direct nadat het verzoekschrift is ingediend. Daarentegen zijn sommige rechters van mening dat een verzoek pas afgewezen kan worden nadat partijen zijn gehoord. Partijen moeten volgens deze rechters namelijk de mogelijkheid krijgen om hun verzoek toe te lichten en aan te geven hoe de oplossing van het deelgeschil de totstandkoming van een minnelijke regeling bevordert. Zoals het er nu uitziet, zullen rechters op verschillende momenten bepalen of een verzoek wel of niet in behandeling genomen wordt.

53 *Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 17 (MvT).*

Daarnaast is in de door mij gehouden interviews ook naar voren gekomen dat er verschillende opvattingen bestaan over de vraag welke geschillen geschikt zijn om in de deelgeschilprocedure aan bod te komen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat er heel veel mogelijk is. Er mag een beslissing gevraagd worden over processuele geschilpunten alsmede omtrent de causaliteit, aansprakelijkheid of omvang van de schade. Er zijn mensen in de rechtspraak die het hiermee eens zijn. Zij geven aan dat het belangrijk is om juist over de moeilijke vragen een oordeel van de rechter te verkrijgen. Daarentegen bestaan er in de rechtspraak ook zorgen over de vraag hoe materieel complexe vraagstukken, zoals de causaliteit of verliesvermogen, snel, eenvoudig en kostenefficiënt in een deelgeschilprocedure opgelost kunnen te worden. Men meent dat de kwaliteit van de rechtspraak niet gewaarborgd kan worden als rechters snel moeten beslissen over zeer complexe geschilpunten die min of meer geïsoleerd zijn van de gehele zaak. Vandaar ook dat een deel van de geïnterviewden meent dat op basis van de kosten-batenanalyse die de rechter moet maken, complexe geschilpunten niet in een deelgeschilprocedure behandeld zouden moeten worden. Simpelweg omdat er voor complexe geschilpunten nader onderzoek nodig is. Tevens moeten geschilpunten in samenhang met elkaar gezien worden, omdat geschilpunten vaak nauw met elkaar verbonden zijn. Genoemd is het gevaar dat ondergeschikte punten veranderen in principiële geschilpunten.

Over het algemeen is men wel positief over de verwachte werking van de deelgeschilprocedure wat betreft eenvoudige geschilpunten. Verwacht wordt dat de deelgeschilprocedure vooral een oplossing biedt over geschilpunten als het verlenen van medewerking aan medisch onderzoek, overleggen van medische gegevens, vraagstelling aan de deskundige of het bepalen van de rekenrente.

De deelgeschilprocedure biedt ook de ruimte om een deskundigenbericht of getuigengehoor te gelasten. Er zijn rechters die menen dat vooraf niet duidelijk is of een deskundigenbericht bij zal dragen aan een vaststellingsovereenkomst, omdat de uitkomst van het deskundigenbericht niet bekend is. Deze gedachtegang zal ertoe leiden dat rechters elk verzoek om een deskundigenbericht zullen doorverwijzen naar een voorlopig deskundigenbericht of een bodemprocedure.

Tevens is het mogelijk om meerdere malen een deelgeschil aan de rechter voor te leggen.⁵⁴ Het idee hierachter is dat als over meerdere geschilpunten overeenstemming is bereikt, partijen er waarschijnlijk bijna samen uit zijn. Maar uit de interviews bleek ook dat een tegenovergestelde redenering

54 *Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 9 (MvT).*

gevolgd kan worden: dat partijen er na een eerder rechterlijk oordeel in een deelgeschil niet samen zijn uitgekomen, geeft al aan dat de kans klein is dat een beslissing in een volgende deelgeschilprocedure wel leidt tot een minnelijke oplossing. Sommige rechters geven aan dat een tweede of later deelgeschil om die reden sowieso wordt afgewezen. Andere rechters achten een tweede deelgeschil wel mogelijk, maar stellen dan wel hogere eisen aan de motivering.

10.5.1 *Geen hoger beroep*

Zoals in paragraaf 10.4 vermeld, staat geen voorziening open tegen een deelgeschilbeslissing. Aan de ene kant bestaat de opvatting dat dit een logische uitwerking is van de doelstelling van de wet. Aan de andere kant leeft in de praktijk veelal de wens om toch een appèlvoorziening in de deelgeschilprocedure op te nemen. Zo wordt voorkomen dat alsnog een bodemprocedure wordt gestart, als men het niet eens is met de uitspraak in de deelgeschilprocedure. In de praktijk wordt ook gewezen op het feit dat er een grotere kans is op fouten indien rechters op snelle wijze moeten beslissen over zeer omvangrijke en complexe vraagstukken.

10.5.2 *Organisatorische invulling van de wet binnen rechtbanken*

Wat verder opviel is dat rechtbanken op organisatorisch gebied zeer verschillend invulling zullen geven aan de deelgeschilprocedure. Er zijn rechtbanken die een vaste zittingsdag(en) per week inlassen om deelgeschillen te behandelen. Daartegenover zijn er ook rechtbanken waarbij de deelgeschilprocedure geen ‘voorrang’ krijgt boven bodemprocedures. Bij deze rechtbanken sluit de deelgeschilprocedure dus achteraan aan.

10.5.3 *Capaciteit rechterlijke macht*

Volgens de minister is een uitbreiding van de rechterlijke macht niet nodig, omdat verwacht wordt dat de deelgeschilprocedure leidt tot een betere inzet van de rechterlijke macht.⁵⁵ De deelgeschilprocedure zou er volgens de minister toe kunnen leiden dat er minder bodemprocedures in eerste aanleg nodig zijn, omdat in een deel van die zaken voortaan met een deelgeschilprocedure kan worden volstaan.⁵⁶ Als een bodemprocedure toch nodig blijkt, dan kan deze sneller verlopen doordat over een deelgeschil reeds een rechterlijk oordeel is geveld en hiermee de complexiteit van het

55 *Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 3 (MvT).*

56 *Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 7 (MvT).*

geschil afneemt.⁵⁷ Enkele geïnterviewden zijn het hiermee eens en verwachten dat de deelgeschilprocedure niet zal leiden tot een toename van de werkdruk voor de rechterlijke macht. De deelgeschilprocedure zal volgens hen leiden tot een afname van het aantal bodemprocedures en daarnaast minder tijd in beslag nemen dan een bodemprocedure. Echter, over het algemeen heerst toch een andere mening. De meeste geïnterviewden menen dat de beperkte afname van het aantal bodemprocedures niet zal opwegen tegen de toename van het aantal deelgeschilprocedures.

10.6 Wat is mijn verwachting over de doelmatigheid van de deelgeschilprocedure?

Opvallend aan de deelgeschilprocedure is dat er geen bepaling in de wet is opgenomen wat betreft de maximum doorlooptermijn van de deelgeschilprocedure. Dit terwijl het waarborgen van de snelheid een essentieel punt van de procedure is. Als de deelgeschilprocedure bij de deelgeschilrechter net zo lang duurt als bij de bodemrechter, dan wordt de vaart uit de onderhandelingen gehaald en heeft de deelgeschilprocedure een averechts effect. Het is wat mij betreft dan ook vreemd dat er geen extra geld en mensen ingezet worden om de snelheid van de procedure te waarborgen.

De rechter heeft naar mijn mening te veel beleidsvrijheid met betrekking tot het beslissen over een deelgeschil. In de regeling is niet duidelijk afgebakend welke geschillen zich wel en welke zich niet voor behandeling in een deelgeschilprocedure lenen. Het persoonlijk oordeel van de rechter is daarom van grote invloed op het afbakenen van de omvang van de deelgeschilprocedure. Zoals al eerder aangegeven, denken rechters op dit moment erg verdeeld over de deelgeschilprocedure. Naar mijn mening gaat het ten koste van de rechtszekerheid en rechtseenheid als rechters niet één lijn trekken in de manier waarop ze invulling geven aan de deelgeschilprocedure. Tevens wordt hiermee ‘forumshoppen’ in de hand gewerkt. Op het moment dat rechters de deelgeschilprocedure op verschillende wijze toepassen, ontstaat het gevaar dat de benadeelde een gewenste rechter uitkiest. Het maken van strategische keuzes bij het kiezen van een rechter kan tot gevolg hebben dat de aansprakelijke partij of diens verzekeraar wordt benadeeld. Dit wordt versterkt door artikel 1019x lid 2 Rv, op basis waarvan de rechter die het eerste deelgeschil behandeld heeft, ook in de bodemprocedure of een volgend deelgeschil bevoegd is kennis te nemen van de zaak. Onder de huidige wetgeving komt ‘forumshoppen’ ook al voor, maar door de komst van de deelgeschilprocedure verwacht ik dat het effect ervan zeer versterkt zal worden.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 3 (MvT).

De werking van de deelgeschilprocedure hangt dus in grote mate af van de manier waarop de rechterlijke macht er invulling aan gaat geven. Op dit moment zijn er nog geen plannen om ervoor te zorgen dat de rechterlijke macht een uniform beleid gaat hanteren. Gedacht zou kunnen worden dat rechtbanken periodiek overleg houden of richtlijnen opstellen om te bepalen hoe met de deelgeschilprocedure wordt omgegaan. Het zou de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede komen als er meer aandacht besteed zou worden aan het voeren van een uniform beleid met betrekking tot de deelgeschilprocedure. Maar wel moet worden gewaakt voor het gevaar dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten. Het nadeel van rechtsregelingen is namelijk dat de scheiding der machten in het geding kan komen.⁵⁸

De rechter zal naar mijn verwachting een verzoek minder snel afwijzen, als hij al veel tijd in de voorbereiding heeft gestoken. Als de rechter partijen heeft gehoord op het verzoek, is de kans vrij klein dat de rechter het verzoek alsnog afwijst. De rechter heeft immers al veel tijd in de zaak gestopt en veel informatie gekregen over de zaak. Indien hij op basis daarvan een beslissing zou kunnen nemen, waarom zou de rechter het verzoek dan alsnog afwijzen? De rechter zou daarom wat mij betreft in een zo vroeg mogelijk stadium moeten beoordelen of het deelgeschil kan bijdragen aan een vaststellingsovereenkomst. Dit moet voorkomen dat veel tijd in een verzoek tot een deelgeschilprocedure wordt gestoken, terwijl dit verzoek in een later stadium van de procedure alsnog afgewezen wordt. Als deelgeschillen niet snel verwerkt worden en dan ook nog in een betrekkelijk late fase van de procedure afgewezen worden, kan dit leiden tot onnodig oponthoud van de onderhandelingen en zelfs ingezet worden als verdragingsstechniek.

De interne financiering binnen rechtbanken kan van invloed zijn op het wel of niet in behandeling nemen van verzoeken voor een deelgeschilprocedure. Stel dat rechtbanken voor een uitspraak in een deelgeschilprocedure net zo veel betaald krijgen als voor een dagvaardingsprocedure. Dit zou als gevolg kunnen hebben dat rechters meer gebaat zijn om een deelgeschil te behandelen dan een bodemprocedure, omdat de verwachting is dat dit per uitspraak minder tijd kost dan een gemiddelde dagvaardingsprocedure. Zo kunnen in dezelfde tijd meer zaken afgedaan worden en dat is financieel gezien dus voordeliger. Natuurlijk mag ervan uitgegaan worden dat de wijze van financiering geen invloed heeft op de manier waarop rechters hun taak vervullen. Toch zou het (onbewust) effect kunnen hebben op de wijze waarop rechters een verzoek wel of niet in behandeling nemen.

58 Zie K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32.

De deelgeschilprocedure is naar mijn mening alleen geschikt voor simpele en eenvoudige geschilpunten die ook daadwerkelijk snel opgelost kunnen worden. Complexe materiële geschilpunten zullen te veel tijd in beslag nemen en zouden naar mijn mening dan ook niet snel in een deelgeschilprocedure opgelost moeten worden. Naar mijn mening kan de rechterlijke macht niet snel, eenvoudig en kostenefficiënt over zeer omvangrijke, complexe geschilpunten een oordeel geven, zonder dat dit ten koste gaat van de kwaliteit van de uitspraak. Wat mij betreft zijn vooral geschilpunten van processuele aard geschikt om op snelle wijze in een deelgeschilprocedure opgelost te worden, mede omdat deze punten niet samenhangen met andere geschilpunten en echt op zichzelf staan.

Datzelfde geldt voor het deskundigenbericht tijdens de deelgeschilprocedure. Wat mij betreft kan het lange tijdsverloop dat met een deskundigenbericht gemoeid gaat, nooit opwegen tegen de eventuele kans dat het bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.⁵⁹ Het gevaar bestaat dat met het raadplegen van een deskundige, de snelheid uit de procedure gehaald wordt. Door het gelasten van een deskundigenbericht zal de deelgeschilprocedure waarschijnlijk niet snel en effectief verlopen en zal zo zijn doel voorbijschieten.

Mijn verwachting is dat de deelgeschilprocedure zorgt voor een extra belasting voor de rechterlijke macht. Het kan zijn dat het aantal bodemprocedures iets afneemt, maar dit staat niet in verhouding tot alle extra deelgeschilprocedures die aanhangig gemaakt zullen worden. Er zullen juist deelgeschillen ingesteld worden in zaken die nu buitengerechtelijk afgewikkeld worden. Op dit moment komt ongeveer 1 tot 5% van de letselschadezaken bij de rechter terecht. Vaak zijn dit de complexe zaken waarin grote (financiële) belangen spelen.⁶⁰ Dit is slechts een gering percentage van alle letselschadezaken. De rest van de letselschadezaken worden dus buitengerechtelijk opgelost. De deelgeschilregeling is er juist op gericht om de partijen die onder de huidige wet blijven ‘hangen’ in de onderhandelingen, in de toekomst wél de gang naar de rechter maken. De kans is dus groot dat in deelgeschilprocedures geschilpunten naar voren komen die de

59 Dat een deskundigenbericht veel tijd kan kosten blijkt onder andere uit R. Eshuis, ‘Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties’, *Rechtstreeks* 2005, p. 7.

60 Zie W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 20.

rechter normaal niet bereiken.⁶¹ Als de termijnen waarop een zitting wordt gehouden, met betrekking tot een deelgeschil lang zullen zijn, en er ‘wachtlísten’ ontstaan, dan heeft de deelgeschilregeling geen kans van slagen. Het is cruciaal dat er voldoende capaciteit bij de rechterlijke macht aanwezig is om een eventuele toestroom van zaken op te vangen.

De ervaring en specialiteit van de rechter die over het verzoek oordeelt, is cruciaal. Als het verzoek behandeld wordt door gespecialiseerde rechters, dan kennen partijen zijn beslissing gezag toe en zijn zij eerder bereid het oordeel te respecteren en mee te nemen in de onderhandelingen. Als dit gezag ontbreekt, is de kans groter dat alsnog een bodemprocedure wordt gestart over materiële geschilpunten. De effectiviteit van de regeling staat of valt dus met voldoende gespecialiseerde rechters. Mijn vrees is dat in de gevallen waarin een partij geen vertrouwen heeft in het oordeel van de rechter of in de procedure, zij alsnog een bodemprocedure start, omdat er in de deelgeschilprocedure geen hoger beroep mogelijk is. Dat geen hoger beroep mogelijk is, komt in beginsel ten goede aan de effectiviteit van de regeling, maar het gevaar bestaat dat partijen gebonden zijn aan een oordeel dat niet optimaal is. Als dit gevaar zich verwezenlijkt, heeft de deelgeschilprocedure een averechts effect omdat partijen zich hier niet bij neer zullen leggen. Als partijen het oordeel van de rechter niet accepteren, zullen ze het aan de onderhandelingstafel nooit eens worden. Als een bodemprocedure wordt gestart, raken partijen nog verder verwijderd van de onderhandelingstafel. De specialiteit van rechters is van groot belang om ervoor te zorgen dat partijen de beslissing respecteren en in acht nemen tijdens verdere onderhandelingen.

De bedoeling van de deelgeschilprocedure is dat dit een onderdeel is van de onderhandelingsfase. Mijn verwachting is echter dat partijen, en dan met name het slachtoffer, dit zo niet zullen beleven. Partijen moeten naar de rechtbank en krijgen in een formele procedure voor de rechter (in toga) een uitspraak. Deze elementen zorgen ervoor dat de deelgeschilprocedure toch gezien wordt als een ‘normale’ gerechtelijke procedure. De kans bestaat dat hierdoor de standpunten van partijen verharderen, wat juist niet de bedoeling is van de deelgeschilprocedure. Wanneer partijen zich op deelgeschillen gaan focussen, bestaat de kans dat zij de kern van de zaak uit het oog verliezen. Hierdoor kan het zijn dat ondergeschikte punten plotseling principiële punten worden, omdat men deze geschilpunten isoleert van het

61 Zie ook A. Kolder, ‘Het wetsvoorstel Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Een verkenning’, *MvV* 2008, p. 257 en J. Sap, ‘Procederend onderhandelen: de deelgeschilprocedure bij letsel- en overlijdensschade’, *TVP* 2008, p. 108.

grotere geheel. De deelgeschilprocedure is naar mijn mening niet de goede manier om de problemen in de buitengerechtelijke fase op te lossen. Er zijn namelijk nog veel van de in paragraaf 10.2 besproken problemen onopgelost gebleven, zoals de wil om erkenning van het slachtoffer. De deelgeschilprocedure kan ertoe leiden dat de rechtsvragen sneller beantwoord worden, maar daarmee zijn de overige problemen niet verdwenen. De lange duur van het onderhandelingstraject wordt niet alleen veroorzaakt door de complexiteit van de zaken maar vooral door ‘onderhandelingsstoornissen’, bijvoorbeeld competitief onderhandelen.⁶²

10.7 Conclusie

Alles in ogenschouw nemend is de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade naar mijn mening geen rake remedie. Er zijn een aantal grote knelpunten waardoor de deelgeschilprocedure wat mij betreft niet zal leiden tot bevordering van de buitengerechtelijke afwikkeling bij letsel- en overlijdensschade. Ten eerste is mijn verwachting dat er niet voldoende gespecialiseerde rechters beschikbaar zijn om de snelheid en kwaliteit van deelgeschilprocedures te waarborgen, terwijl dit toch een minimumvereiste is om de deelgeschilprocedure een succes te laten worden. Ten tweede baart het mij zorgen dat rechters geen uniform beleid zullen voeren. Daardoor bestaat het gevaar dat partijen nog meer dan thans het geval is, strategische keuzes zullen gaan maken met betrekking tot het kiezen van een rechter (forumshoppen). Dit in combinatie met het ontbreken van een mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een deelgeschilbeslissing lijkt mij niet bevorderend voor de kwaliteit van de rechtspraak. Wat mij betreft zouden deze knelpunten aangepakt moeten worden. Tevens zal er beter onderzoek gedaan moeten worden of maatregelen mogelijk zijn om de kwaliteit en de snelheid van de procedure te waarborgen. Alleen dan heeft de deelgeschilprocedure een kans van slagen.

⁶² Zie § 10.2.

XI Volledige vergoeding van proceskosten: rake remedie of aanjager voor deelgeschillen?

A.S. Oude Hergelink

Het kostenvergoedingsmodel van de Wet deelgeschilprocedure voor letselen overlijdensschade kent een bijzondere structuur. De aansprakelijke partij (of diens verzekeraar) dient de redelijke kosten die de benadeelde voor de deelgeschilprocedure heeft gemaakt, in beginsel (volledig) te vergoeden, zelfs wanneer hij het deelgeschil 'wint'. Dit doet verwachten dat juist het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure zal meebrengen dat (dreiging met) een dergelijke procedure voor benadeelden een rake remedie zal zijn, aangezien deze procedure een aanvullende toegang tot de rechter biedt met een voor de benadeelde gunstiger kostenvergoedingsmodel dan de reguliere bodemprocedure. In deze bijdrage is onderzocht in hoeverre het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure van invloed zal zijn op de beslissing om een deelgeschil aanhangig te maken. Aan de hand van interviews die zijn afgenomen bij dertien sleutelfiguren uit de letselschadepraktijk geeft deze bijdrage een indicatie van de verwachtingen die in de rechtspraktijk leven ten aanzien van de betekenis van het kostenvergoedingsmodel voor het gedrag van partijen. Zowel (belangenbehartigers aan de zijde van) verzekeraars als belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden erkennen dat volledige proceskostenvergoeding de motor zal zijn die de deelgeschilprocedure laat lopen. De verwachting onder de geïnterviewden is dat de opstelling van partijen beïnvloed zal worden door het karakter van het kostenvergoedingsmodel. Enerzijds verwachten belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden dat van de deelgeschilprocedure een dreigende werking uitgaat die ertoe zal leiden dat de verzekeraars zich voorzichtiger en redelijker zullen opstellen bij onderhandelingen. Daarnaast kunnen de belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden het zich door het karakter van het kostenvergoedingsmodel permitteren om de deelgeschilprocedure tactisch in te zetten. Anderzijds erkent een aantal geïnterviewde verzekeraars dat zij met name in zaken met een relatief klein belang benadeelden uit bedrijfseconomische overwegingen meer tegemoet zullen komen om te voorkomen dat de benadeelde een deelgeschil aanhangig maakt. Het kostenvergoedingsmodel lijkt derhalve van betekenis voor de schikkingsbereidheid van verzekeraars.

11.1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade¹ op 1 juli 2010 wordt een nieuwe procesvorm geïntroduceerd die gericht is op het bevorderen van een buitengerechtelijke letselschadeafwikkeling. De Wet deelgeschilprocedure kent een bijzonder kostenvergoedingsmodel. Bij het begroten van de kosten van de partij die schade lijdt door dood of letsel, neemt de rechter alle redelijke kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW in aanmerking. Dit betekent dat de aansprakelijke partij of diens verzekeraar² de kosten die de benadeelde voor de deelgeschilprocedure heeft gemaakt, in beginsel (volledig) dient te vergoeden.³ De deelgeschilprocedure kent daarmee een geheel andere kostenregeling dan de reguliere bodemprocedure, waarvoor in beginsel geldt dat de verliezende partij veroordeeld wordt in de volgens een liquidatietarief vast te stellen proceskosten. De kostenregelingen van beide procedures vertonen verschillen, zowel met betrekking tot de *omvang van de vergoeding* (volledige vergoeding in een deelgeschilprocedure tegenover forfaitaire vergoeding in een bodemprocedure) als ten aanzien van de *drager van de kosten* (vergoeding door verzekeraar in een deelgeschilprocedure tegenover proceskostenveroordeling ten laste van de verliezende partij in een bodemprocedure).

In deze bijdrage zal de vraag centraal staan in hoeverre het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure van invloed zal zijn op de beslissing om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken. Het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure doet verwachten dat juist deze bijzondere structuur zal meebrengen dat (dreiging met) een deelgeschilprocedure voor benadeelden een rake remedie zal zijn, aangezien deze procedure een aanvullende toegang tot de rechter biedt met een voor de benadeelde gunstiger kostenvergoedingsmodel dan de reguliere bodemprocedure. Dat zal er mijns inziens toe leiden dat de deelgeschilprocedure door met name benadeelden veelvuldig ingezet gaat worden in letselschadezaken. Om deze vraag te beantwoorden heb ik licht kwalitatief onderzoek verricht naar de opvattingen in de rechtspraak over de verwachtingen ten aanzien van de betekenis van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure voor het gedrag van partijen.

1 Hierna: Wet deelgeschilprocedure.

2 Aangezien in veel zaken een verzekeraar achter de aansprakelijke partij staat, zal ik in het vervolg van deze bijdrage enkel spreken over de verzekeraar.

3 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 1.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 zal het karakter van het kostenvergoedingsmodel worden besproken. Ook zal in deze paragraaf de gekozen onderzoeksvraag en de verantwoording van de onderzoeksmethode nader aan de orde komen. In paragraaf 3 worden de resultaten van het onderzoek geschetst. In paragraaf 4 worden de belangrijkste onderzoeksresultaten geëvalueerd, waarbij ik tevens mijn eigen visie op de onderzoeksresultaten uiteenzet. In paragraaf 5 zal ten slotte een conclusie worden getrokken over de invloed die het kostenvergoedingsmodel naar alle waarschijnlijkheid zal hebben op de beslissing om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken.

11.2 Karakter van het kostenvergoedingsmodel en toelichting op het onderzoek

11.2.1 *Karakter van het kostenvergoedingsmodel*

Het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure kent een bijzondere structuur. Artikel 1019aa Rv geeft regels betreffende de begroting en vergoeding van de kosten van de deelgeschilprocedure aan de zijde van de persoon die schade lijdt door dood of letsel.⁴ Artikel 1019aa lid 1 Rv bepaalt:

‘De rechter begroot de kosten bij de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt in de beschikking en neemt daarbij alle redelijke kosten als bedoeld in artikel 96, tweede lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in aanmerking.’

Artikel 1019aa lid 3 Rv bepaalt dat artikel 289 Rv betreffende de proceskostenveroordeling niet van toepassing is op de deelgeschilprocedure. De benadeelde loopt niet het risico dat hij de door zijn wederpartij gemaakte kosten moet vergoeden.

Het uitgangspunt bij de kostenbegroting van de deelgeschilprocedure is dat de aansprakelijke partij binnen de grenzen van artikel 6:96 lid 2 BW aan de benadeelde de werkelijke kosten van de deelgeschilprocedure vergoedt. Dit is zelfs het geval indien de benadeelde in het ongelijk wordt gesteld in de deelgeschilprocedure. De verzekeraar dient aldus niet alleen zijn eigen kosten te dragen maar ook de redelijk gemaakte kosten van de benadeelde, zelfs wanneer hijzelf in het gelijk wordt gesteld. Wel dienen de kosten te zijn gemaakt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat. Dit betekent dat dit regiem alleen geldt als tussen partijen de

4 *Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 18.*

aansprakelijkheid vaststaat. Tevens dient te zijn voldaan aan de ‘dubbele redelijkheidstoets’ van artikel 6:96 lid 2 BW: het dient redelijk te zijn dat de kosten zijn gemaakt en de hoogte van de kosten dient eveneens redelijk te zijn. In de rechtspraak pleegt te worden aangenomen dat het inschakelen van rechtsbijstand in een letselschadezaak in beginsel redelijk is.⁵ Over de redelijkheid van de kosten die hiermee gemoeid zijn, bestaat meer discussie.⁶ Het eigenschuldpercentage zal in beginsel doorwerken in de kostenveroordeling.⁷ Aannemelijk is dat dit ook geldt in geval van een deelgeschil.

Ook indien partijen er na de deelgeschilprocedure niet uitkomen en de onderhandelingsstafel wordt gevolgd door een bodemprocedure bij de rechter, blijft de verzekeraar gehouden tot vergoeding van de werkelijke kosten die gemaakt zijn voor de deelgeschilprocedure. De kosten verschieten niet van kleur als een bodemgeschil volgt.⁸

De rechtvaardiging van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure ligt volgens de minister in het feit dat de deelgeschilprocedure een voorziening beoogt te bieden in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase. Deze procedure is zozeer verbonden met een afwikkeling buiten rechte dat de daarmee gepaard gaande kosten worden aangemerkt als kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of althans kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW en derhalve volledig voor vergoeding in aanmerking komen.⁹ Staat de aansprakelijkheid niet vast, of wordt deze in een deelgeschilprocedure afgewezen, dan zal de benadeelde net als in de ‘rest’ van het buitengerechtelijke traject zijn eigen kosten moeten dragen.¹⁰

11.2.2 *Uitwerking onderzoeksvraag en verantwoording onderzoeksmethode*

Het onderzoek in deze bijdrage betreft de vraag in hoeverre het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure van invloed zal zijn op de beslissing om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken. Zal het

5 J. Wildeboer, ‘Buitengerechtelijke kosten’, in: P. Langstraat e.a. (red.), *De kosten van het geschil*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 23.

6 M.G. Faure, N.J. Philipsen & F.J. Fernhout, ‘Het schaderegelingsproces vanuit rechtseconomisch perspectief’, in: P. Langstraat e.a. (red.), *De kosten van het geschil*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 75.

7 HR 21 september 2007, NJ 2008, 241 (*Van der Slot/ Manege Bergemo*; m.nt. J.B.M. Vranken).

8 Art. 1019aa lid 2 Rv.

9 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 12.

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 19.

karakter van het kostenvergoedingsmodel er bijvoorbeeld toe leiden dat de deelgeschilprocedure door met name benadeelden (tactisch) gaat worden ingezet? Zullen verzekeraars aansprakelijkheid minder snel erkennen met het oog op het deelgeschilrisico? Of bestaat de mogelijkheid dat verzekeraars om bedrijfseconomische redenen een andere opstelling jegens benadeelden aannemen? Om de onderzoeksvraag te beantwoorden heb ik tentatief kwalitatief onderzoek verricht naar de opvattingen in de rechtspraktijk over de verwachtingen ten aanzien van de betekenis van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure voor het gedrag van partijen.¹¹ Aan de hand van vaste vragenlijsten zijn individuele interviews afgenomen bij dertien sleutelfiguren, te weten: vier belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden, drie advocaten aan de zijde van verzekeraars, twee schaderegelaars bij diverse aansprakelijkheidsverzekeraars, de directeur van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) en drie rechters.¹² Tevens zijn standpunten van reeds geïnterviewden getoetst aan de opvattingen van sleutelfiguren die later geïnterviewd werden. Tijdens de interviews is uitvoerig ingegaan op de visie van de geïnterviewden op het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure, waarbij allereerst de vraag is gesteld wat de algemene opvatting over het kostenvergoedingsmodel is. Voorts zijn meer specifieke vragen over het kostenvergoedingsmodel aan de orde gekomen, waarbij bijvoorbeeld de vraag is gesteld in hoeverre het feit dat de kosten niet meer van kleur verschiepen indien een bodemprocedure aanhangig wordt gemaakt, van invloed is op het gedrag van partijen. De interviews leverden op een groot aantal kernpunten dezelfde kwalitatieve gegevens op en geven daarmee een indicatie van de verwachtingen in de rechtspraktijk over de invloed van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure op de beslissing om te (deel)procederen.

- 11 Van een geheel verantwoord kwalitatief onderzoek is echter geen sprake, gezien daarvoor 25 tot 30 interviews noodzakelijk zijn om de informatie te verzadigen om op basis daarvan gefundeerd generaliserende kwalitatieve uitspraken te doen. Zie bijvoorbeeld D.B. Baarda, M.P.M. De Goede & J. Teunissen, *Basisboek kwalitatief onderzoek. Praktische handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Houten: Stenfert Kroese 1997, p. 83. De hier gepresenteerde gegevens bieden aldus 'slechts' een indicatie.
- 12 Met dank aan dhr. mr. Dorenbosch (Bosch & Berg Letselschadespecialisten); dhr. mr. Van Dijk (Kennedy van der Laan); dhr. Van Geenen (Zürich Verzekeringen); mw. mr. De Groot (Rechtbank Amsterdam); mw. mr. Hoekstra (Rechtbank Den Haag); dhr. mr. Kolder (Houkes Advocaten); dhr. mr. Kremer (PIV); mw. mr. Oskam (Houthoff Buruma); dhr. mr. Spoor (Spoor & Hoekman Advocaten); dhr. Steijlen (HDI-Gerling Verzekeringen N.V.); mw. mr. Van Wassenaer (Beer Advocaten); mw. mr. Van Wessel (Houthoff Buruma); mw. mr. Willink (Rechtbank Den Haag).

11.3 Onderzoeksresultaten

11.3.1 Algemeen

In deze paragraaf worden de verwachtingen onder de geïnterviewden over de invloed van de kostenvergoedingsregeling op de beslissing om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken, weergegeven. Elementen die bijdragen aan de beantwoording van de onderzoeksvraag zullen in het vervolg van deze paragraaf aan de orde komen. In paragraaf 11.3.2 zal allereerst worden ingegaan op de visie van geïnterviewden dat de wijze waarop het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure is vormgegeven cruciaal is voor de keuze om een dergelijke procedure aanhangig te maken. In paragraaf 11.3.3 wordt verduidelijkt dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure het risico kan oproepen dat verzekeraars aansprakelijkheid minder snel zullen erkennen. De invloed die het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure heeft op de mogelijkheid om deskundigen in een deelgeschilprocedure te raadplegen, komt aan de orde in paragraaf 11.3.4. Ten slotte wordt in paragraaf 11.3.5 ingegaan op de mogelijkheid dat het kostenvergoedingsmodel ertoe leidt dat onderhandelingen behoedzamer verlopen. Ook zal in deze paragraaf aan bod komen dat het kostenvergoedingsmodel het risico teweeg brengt dat de deelgeschilprocedure door de (belangenbehartiger van) benadeelden als pressiemiddel ingezet wordt. De dreigende werking die van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure uitgaat en het effect dat dit kan hebben op de schikkingsbereidheid van verzekeraars, komt in paragraaf 11.3.5 eveneens aan bod.

11.3.2 Kostenvergoedingsstructuur van de deelgeschilprocedure

Tijdens de interviews is naar voren gekomen dat voor met name de benadeelde *het karakter van het kostenvergoedingsmodel* van grote invloed is op de beslissing om een deelgeschilprocedure aanhangig te maken. De kostenvergoedingsstructuur van de deelgeschilprocedure onderscheidt zich van het kostenvergoedingsmodel van de reguliere bodemprocedure door de voor de benadeelde gunstiger kostenvergoedingsregeling. Zowel belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden als (belangenbehartigers aan de zijde van) verzekeraars erkennen dat het karakter van het kostenvergoedingsmodel de motor zal zijn die de deelgeschilprocedure laat lopen. Uit de interviews blijkt dat volledige vergoeding van kosten voor de benadeelde een belangrijke beweegreden is om een deelgeschilprocedure te beginnen.

Daarnaast is gebleken dat het karakter van het kostenvergoedingsmodel door het merendeel van de geïnterviewden rechtvaardig wordt bevonden. Ook in de situatie waarin geen verzekeraar achter de aansprakelijke partij staat, wordt het karakter van het kostenvergoedingsmodel gerechtvaardigd door het feit dat een slachtoffer niet om een ongeval heeft gevraagd, maar wel met kosten wordt opgezegd die het zonder ongeval niet had hoeven maken. Of een aansprakelijke partij verzekerd is, zou volgens een meerderheid van de geïnterviewden niet moeten uitmaken. Daarenboven is erop gewezen dat de kosten die de aansprakelijke partij moet dragen, kunnen afnemen indien de letselschadeafwikkeling door een deelgeschiloordeel sneller verloopt.

Aan de zijde van een verzekeraar rees wel de vraag of het redelijk is dat wanneer aansprakelijkheid is erkend, de verzekeraar in alle situaties de kosten van de benadeelde dient te vergoeden. Als voorbeeld werd genoemd een zaak waarin een verzekeraar inzage wenst te krijgen in de medische achtergrond van een benadeelde. Stel dat de benadeelde dit weigert en zijn belangenbehartiger veel tijd besteedt om dit standpunt te onderbouwen. De verzekeraar maakt een deelgeschil aanhangig en krijgt gelijk van de deelgeschilrechter: de verzekeraar dient inzage te krijgen in de medische gegevens. De verzekeraar die dit voorbeeld heeft opgeworpen, acht het onredelijk dat zij die kosten dient te vergoeden die juist zijn ontstaan door het innemen van het verworpen standpunt. De rechter zou er volgens deze verzekeraar voor kunnen kiezen om met deze situatie rekening te houden, door bijvoorbeeld de kosten van de benadeelde lager te begroten dan de daadwerkelijk gemaakte kosten.

De verzekeraar zal, indien een deelgeschilprocedure aanhangig wordt gemaakt, de gemaakte kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 BW dienen te vergoeden. De kosten dienen echter te voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets. Aan deze toets wordt bijvoorbeeld niet voldaan indien de benadeelde onrechtmatig heeft gehandeld door een deelgeschil aanhangig te maken. De wetstoelichting geeft daarvan evenwel geen voorbeelden.¹³ Belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden zijn van mening dat het kostenaspect in dit verband van invloed zal zijn op de beslissing om een deelgeschil aanhangig te maken. De benadeelde loopt bij onrechtmatigheid immers het risico dat hij zijn eigen kosten moet dragen en er kan zelfs een plicht tot vergoeding van de door de verzekeraar gemaakte kosten in de

13 Hiervan zou volgens een belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien een vordering wordt ingesteld die op voorhand kansloos is, zie Hof Arnhem 4 mei 2004, *LJN* AO9809, rolnr. 2002/1133.

buitengerechtelijke fase bestaan.¹⁴ Van onrechtmatigheid zal echter zelden sprake zijn, aangezien de enkele omstandigheid dat men een ander, naar in de uitspraak van de rechter komt vast te staan, ten onrechte in rechte heeft betrokken dit laatste niet onrechtmatig maakt.¹⁵ Een rechter geeft aan dat de rechterlijke macht hier naar alle waarschijnlijkheid voorzichtig mee zal omgaan, mede omdat anders de gedachte achter het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure ondergraven zou worden. De toegang tot de rechter zou daarmee belemmerd kunnen worden. De gedachte achter het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure is immers dat met name de benadeelde financieel minder belemmerd wordt om de gang naar de rechter te maken. Indien in de rechtspraak veelvuldig beslist zou gaan worden dat het onrechtmatig is geweest een deelgeschilprocedure aanhangig te maken, zou de benadeelde, mede omwille van het kostenaspect, afgeremd kunnen worden om de gang naar de deelgeschilrechter te maken.

Door het amendement van Tweede Kamerlid Gerkens, waarbij is bepaald dat de kosten van de deelgeschilprocedure niet van kleur kunnen verschieten, is het risico van het aanhangig maken van een deelgeschil voor de benadeelde flink verkleind. Belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden hebben herhaaldelijk aangegeven dat zij een meer voorzichtige en terughoudende opstelling zouden aannemen indien de kosten nog wel van kleur zouden kunnen verschieten. Een belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden heeft tevens opgeworpen dat het niet van kleur kunnen verschieten grote discussies kan voorkomen. Indien partijen er aan de onderhandelingsstafel niet uitkomen en een bodemprocedure wordt gestart, bestaat er regelmatig discussie over de vraag *welke kosten* van het buitengerechtig traject van kleur verschieten. Dit discussiepunt zal bij de deelgeschilprocedure niet spelen, waardoor kosten die doorgaans gemaakt worden om deze discussie te voeren, worden uitgespaard.

Een belangenbehartiger aan de zijde van verzekeraars heeft opgemerkt dat dit amendement praktisch van weinig betekenis zal zijn: indien een benadeelde zijn kosten vergoed ziet in de deelgeschilprocedure en een bodemprocedure volgt waarin aansprakelijkheid aan de zijde van de verzekerde van de verzekeraar wordt afgewezen, zal deze verzekeraar naar de verwachting van de belangenbehartiger niet spoedig overgaan tot het terugvorderen van de kosten die reeds zijn vergoed.¹⁶

14 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 12.

15 Vlg. HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651.

16 Opgemerkt dient te worden dat noch de wettekst, noch de wetstoelichting ingaat op de (on)mogelijkheid tot het terugvorderen van kosten die in het kader van de deelgeschilprocedure zijn vergoed door de verzekeraar.

11.3.3 *Beletsel om aansprakelijkheid te erkennen of procederen zonder (financiële) zorgen?*

Wanneer aansprakelijkheid niet vaststaat, zal de verzekeraar de kosten van de benadeelde niet hoeven te vergoeden. Tijdens de interviews is naar voren gekomen dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure er toe kan leiden dat verzekeraars minder snel aansprakelijkheid zullen erkennen met het oog op het risico dat zij vervolgens de kosten van een eventuele deelgeschilprocedure moeten dragen. Een aantal belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden heeft opgemerkt dat in zaken waarin de kans nagenoeg fiftyfifty is dat aansprakelijkheid komt vast te staan, het deelgeschilrisico een bijkomend aspect kan zijn waarmee een verzekeraar rekening houdt in zijn beslissing om aansprakelijkheid al dan niet te erkennen. De verzekeraar kan er in een dergelijke situatie voor kiezen om aansprakelijkheid niet te erkennen, om op deze wijze te voorkomen dat de belangenbehartiger van de benadeelde een deelgeschil aanhangig maakt, althans dat hij daarvan de kosten moet dragen. Voor de benadeelde bestaat immers ook de kans dat aansprakelijkheid niet komt vast te staan. Daarentegen heeft een aantal andere belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden aangegeven niet te verwachten dat verzekeraars een dergelijke opstelling zullen kiezen. De Gedragscode Behandeling Letselschade kan hierbij een (beslissende) rol spelen.¹⁷ Afwijzing van aansprakelijkheid om het deelgeschilrisico te omzeilen zal volgens een meerderheid van de geïnterviewden in strijd zijn met deze code.¹⁸ Voorts heeft een belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden opgemerkt dat wanneer een verzekeraar onzorgvuldig handelt bij de afwikkeling van letselschade, voor de benadeelde een mogelijkheid zou kunnen bestaan om smartengeld te ontvangen wegens onrechtmatige letselschadeafwikkeling. Deze belangenbehartiger sluit zich aan bij Smeehuijzen, die van mening is dat onzorgvuldige schadeafwikkeling een onrechtmatige gedraging is die recht geeft op schadevergoeding. Bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld waartoe de benadeelde vanwege de initiële gedraging gerechtigd is, kan betekenis worden toegekend aan de onzorgvuldige letselschadeafwikkeling.¹⁹

Een belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden heeft daarnaast opgemerkt dat in een zaak waarin de overtuiging bestaat dat aansprakelijkheid

17 Gedragscode Behandeling Letselschade, p. 7.

18 Beginsel 1 van de Gedragscode bepaalt immers dat partijen elkaar op het goede spoor dienen te houden. Daarnaast bepaalt beginsel 10 dat partijen er samen voor dienen te zorgen dat er snel duidelijkheid komt over de aansprakelijkheid.

19 J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009, nr. 9, p. 328-340.

zal worden aangenomen maar de verzekeraar tegen beter weten in aansprakelijkheid ontkent, een deelgeschilprocedure juist uitkomst kan bieden. De aansprakelijkheidsvraag is immers niet uitgesloten van de deelgeschilprocedure. Wanneer aansprakelijkheid komt vast te staan, zal de verzekeraar de kosten van de benadeelde alsnog dienen te vergoeden. Tevens is door een belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden opgeworpen dat erkenning van aansprakelijkheid, zeker in een zaak met een relatief groot belang, een belangrijke beslissing is voor het verdere verloop van de zaak. De beslissing om aansprakelijkheid al dan niet te erkennen zal in dergelijke zaken niet zo zeer afhankelijk zijn van de mogelijkheid dat een deelgeschilprocedure gestart kan worden, aangezien de kosten van de deelgeschilprocedure niet in verhouding zullen staan tot de totale schadeomvang. De kosten die in een deelgeschilprocedure gemaakt zouden worden zullen – afgezet tegen het totale bedrag dat de verzekeraar in geval van aansprakelijkheid zal moeten betalen – dusdanig gering zijn dat de mogelijkheid van een deelgeschilprocedure geen beslissende factor zal zijn bij de beslissing om aansprakelijkheid al dan niet te erkennen. De (daadwerkelijke) feiten en omstandigheden van een schadeveroorzakende gebeurtenis zullen bij de beslissing om aansprakelijkheid al dan niet te erkennen een meer prominente rol innemen dan het (mogelijke) financiële risico van een deelgeschilprocedure.

Een aantal geïnterviewden uit de rechterlijke macht heeft gewezen op een ander risico ten aanzien van de aansprakelijkheidsvraag. Indien aansprakelijkheid niet komt vast te staan, zal de benadeelde de gemaakte kosten zelf dienen te dragen. Een aantal rechters die aan het onderzoek hebben meegewerkt, vrezen dat de deelgeschilprocedure wordt voorgespiegeld als een methode voor het slachtoffer om zonder enig financieel risico een vraagstuk aan de rechter voor te leggen. De belangenbehartiger aan de zijde van benadeelden zal een belangrijke taak hebben om de benadeelde correct in te lichten over de financiële risico's die deze loopt wanneer aansprakelijkheid niet wordt aangenomen. Hoewel voorzichtigheid op dit punt ook volgens belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden wenselijk is, wordt door hen naar voren gebracht dat de benadeelde bij verlies in de deelgeschilprocedure (geen aansprakelijkheid), alsnog 'voordeliger' uit is dan bij verlies in de bodemprocedure. De benadeelde zal immers louter zijn eigen kosten moeten dragen, terwijl hij bij verlies in de bodemprocedure zijn eigen kosten zal moeten dragen en daarnaast veroordeeld zal worden in de proceskosten.

Ook zal het sterk afhankelijk zijn van de kwaliteit van de belangenbehartiger hoe de benadeelde een verlies in een deelgeschilprocedure ten aanzien van de aansprakelijkheidsvraag zal incasseren. Een aantal geïnterviewde rechters

vroeg zich af of de benadeelde zich wel zal neerleggen bij de deelgeschiluitspraak dan wel verder zal procederen om zijn gelijk te halen. Indien ook in een latere procedure geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, zullen de kosten die de benadeelde zelf dient te dragen aanzienlijk stijgen.

Hoewel toepassing van artikel 289 Rv in een deelgeschilprocedure uitgesloten is,²⁰ is het desalniettemin relevant om in deze bijdrage aandacht te besteden aan de situatie waarin er na de deelgeschilprocedure verder wordt geprocedeerd. De gedachte achter de uitsluiting van artikel 289 Rv in de deelgeschilprocedure is waarschijnlijk primair gericht op de eerste volzin van artikel 237 lid 1 Rv, waarin wordt bepaald dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld. Daarnaast bepaalt artikel 237 lid 1 Rv, derde volzin Rv, dat de rechter de kosten die nodeloos worden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laat van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte. Onder de geïnterviewde rechters rijst, in de hiervoor geschetste situatie waarin een benadeelde geen genoegen neemt met een (voor hem ongunstig) deelgeschiloordeel en aansprakelijkheid ook in hoger beroep wordt afgewezen,²¹ de vraag of de kosten uit de deelgeschilprocedure beschouwd mogen worden als nodeloze kosten in de zin van artikel 237 lid 1 Rv. Dit zou kunnen betekenen dat de kosten die nodeloos zijn veroorzaakt bij de wederpartij, voor rekening kunnen komen voor de benadeelde.²² Een van de rechters die aan het onderzoek heeft meegewerkt, is van mening dat de appèlrechter niet mag oordelen over de mogelijkheid om de kosten uit de deelgeschilprocedure aan te merken als nodeloze kosten, omdat de nodeloze kosten onder de proceskostenveroordeling vallen en een proceskostenveroordeling volgens artikel 1019aa lid 3 Rv niet gegeven mag worden in een deelgeschilprocedure. De keerzijde hiervan is dat dit de appèlrechter in een zaak waarin reeds over een deelgeschil is geoordeeld, een minder ruime bevoegdheid geeft bij de proceskostenveroordeling in hoger beroep. De appèlrechter zou dan de kosten gemaakt in de deelgeschilprocedure niet onder de proceskostenveroordeling in hoger beroep mogen brengen. Hij mag over dit specifieke aspect van de kostenbegroting geen oordeel geven en wordt derhalve beperkt in de mogelijkheden om alle onderdelen van de zaak in het geheel opnieuw te behandelen.

20 Art. 1019aa lid 3 Rv.

21 Door het rechtsmiddelenverbod in art. 1019bb Rv staat tegen een deelgeschilbeschikking in beginsel geen hoger beroep of andere voorziening in de deelgeschilprocedure open. Hoger beroep tegen een deelgeschilbeslissing in de deelgeschilprocedure zelf is aldus niet mogelijk. Hoger beroep tegen een deelgeschilbeslissing in de bodemprocedure is wel mogelijk, zie art. 1019cc lid 3 Rv.

22 Zie art. 237 lid 1 Rv.

De desbetreffende rechter heeft opgemerkt dat dit mogelijk een kwestie is die in de toekomst aan de Hoge Raad voorgelegd moet worden.

11.3.4 *Het kostenvergoedingsmodel en het verzoek om een deskundige*

Verschillende geïnterviewden hebben aangegeven dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure invloed kan hebben op de keuze om deskundigen in een deelgeschilprocedure te raadplegen. Hoewel onder de geïnterviewden geen eenstemmigheid bestaat over de vraag of het raadplegen van deskundigen in een deelgeschilprocedure, gezien het criterium ‘eenvoudig, snel en kostenefficiënt’,²³ wenselijk is, sluit de wetgever een dergelijk verzoek niet uit.²⁴ Voor een benadeelde kan het verzoek om een deskundige in een deelgeschilprocedure met name uit financieel oogpunt gunstig zijn: de kosten van de deskundige zullen immers volledig vergoed worden door de verzekeraar. Dit is een wezenlijk verschil met de kosten die doorgaans gemaakt worden bij de voorlopige bewijsverrichtingen. Deze komen immers in beginsel voor eigen rekening. Indien een bodemprocedure gestart wordt, zullen deze kosten onder de algemene proceskostenregeling vallen.²⁵ Hoewel het verzoek om een deskundige vanuit financieel oogpunt voornamelijk voor een benadeelde gunstig kan zijn, heeft een verzekeraar tijdens de interviews opgemerkt dat het ook voor een verzekeraar niet onvoordelig hoeft te zijn. Buiten rechte is er vaak veel discussie over de vraagstelling en de persoon van de deskundige. De kosten voor de verzekeraar lopen hierdoor flink op. Indien een deskundige in een deelgeschilprocedure geraadpleegd wordt, zullen de kosten voor de verzekeraar met name in de eerste periode stijgen. De desbetreffende verzekeraar heeft hierbij aangegeven dat de deelgeschilprocedure juist kan voorkomen dat buiten rechte lang wordt gediscussieerd over een deskundige, waardoor de kosten die hiermee gemoeid zijn zouden worden uitgespaard.

11.3.5 *Het kostenvergoedingsmodel als aanjager voor tactische inzet?*

Tijdens de interviews is naar voren gekomen dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure ertoe kan leiden dat onderhandelingen voorzichtiger zullen verlopen. Tevens blijkt uit het onderzoek dat het kostenvergoedingsmodel kan meebrengen dat de deelgeschilprocedure door benadeelden als pressiemiddel wordt ingezet. Voorts is naar voren gekomen

23 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 17.

24 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 6.

25 Art. 237 t/m 240 Rv.

dat van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure een dreigende werking naar verzekeraars uitgaat, wat effect zou kunnen hebben op de schikkingsbereidheid van verzekeraars.

De deelgeschilprocedure kent een slachtoffervriendelijk kostenvergoedingsmodel: de verzekeraar is, wanneer aansprakelijkheid vaststaat, gehouden tot vergoeding van de gemaakte kosten door de benadeelde, zelfs wanneer deze in het ongelijk wordt gesteld. Belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden merken op dat er een dreigende werking van het kostenvergoedingsmodel uitgaat. Een belangenbehartiger heeft hierbij aangegeven dat zij heeft ervaren dat een aantal verzekeraars sneller willen schikken. Van de dreiging van een deelgeschilprocedure lijkt aldus een effect op de opstelling van de verzekeraar uit te gaan. De verwachting is dat de opstelling van verzekeraars tijdens onderhandelingen uit angst voor een (dure) deelgeschilprocedure en een rechter die over de schouder van partijen mee gaat kijken, voorzichtiger wordt. De deelgeschilprocedure zal als een zwaard van Damocles boven de onderhandelingen hangen, waardoor belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden verwachten dat de verzekeraar zich redelijk(er) zal opstellen aan de onderhandelingstafel.

De benadeelde heeft met de mogelijkheid van een deelgeschilprocedure een sterke troef in handen waarmee hij de verzekeraar voor de keuze ‘schikken of (deel)procederen’ kan plaatsen. De benadeelde kan het zich door het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure permitteren om de deelgeschilprocedure als pressiemiddel in te zetten.

De deelgeschilprocedure kan als pressiemiddel ertoe leiden dat er een preventief effect van uitgaat, namelijk dat de aansprakelijke partij ‘afgeschrikt wordt’ en de benadeelde tegemoet zal komen in zijn vordering. De verzekeraar zal willen schikken, indien het schikkingsbedrag (schadevergoeding inclusief kosten) lager is dan het bedrag dat hij verwacht te moeten betalen indien partijen naar de deelgeschilrechter gaan. De verzekeraar zal een kosten-batenanalyse maken: indien het belang te klein is, zal de verzekeraar een deelgeschilprocedure willen voorkomen. De verwachting onder een aantal belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden is dat indien het belang van de zaak tussen de € 10.000 en € 40.000 ligt, de verzekeraar een schikking zonder tussenkomst van de deelgeschilrechter zal prefereren. Verzekeraars die aan het onderzoek hebben meegewerkt, erkennen dat de dreiging van een deelgeschilprocedure ertoe kan leiden dat sneller tegemoetgekomen wordt aan de vordering van de benadeelde. Zij geven echter aan dat van een dergelijke kosten-batenanalyse voor de inwerkingtreding van de Wet deelgeschilprocedure ook al sprake is. De verzekeraars stellen dat de kosten in de buitengerechtelijke fase snel kunnen

oplopen en zij zullen deze omstandigheid meenemen in hun afweging. De dreiging van een deelgeschilprocedure zal hier niettemin een versterkende factor vormen. Desalniettemin hebben verzekeraars die aan het onderzoek hebben meegewerkt, aangegeven dat zij voet bij stuk houden indien zij ervan overtuigd zijn dat er geen aansprakelijkheid is aan de zijde van hun verzekerde. In dergelijke zaken speelt het kostenrisico van de deelgeschilprocedure volgens hen dan ook geen rol. Ook in principiële kwesties, zoals bij frauduleus handelen van de benadeelde, zal de verzekeraar niet tegemoetkomen aan de vordering van de benadeelde.

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat uit de interviews naar voren is gekomen dat de deelgeschilprocedure ook door de verzekeraar uit tactisch oogpunt kan worden ingezet. Een verzekeraar heeft tijdens het interview aangegeven dat de situatie zich kan voordoen waarin de benadeelde bijgestaan wordt door een belangenbehartiger van een letselschadebureau die zich volgens de verzekeraar onredelijk opstelt in het buitengerechtelijk onderhandelingstraject. De verzekeraar kan dan een deelgeschilprocedure starten om te realiseren dat de benadeelde bijgestaan gaat worden door een advocaat.²⁶

11.4 Evaluatie

11.4.1 Algemeen

Er bestaat overeenstemming onder de geïnterviewden dat het karakter van het kostenvergoedingsmodel voor met name de benadeelde een belangrijke reden zal zijn om de deelgeschilprocedure aan te wenden. Onder de geïnterviewden bestaat de indruk dat de opstelling van zowel verzekeraars als (belangenbehartigers van) benadeelden beïnvloed gaat worden door het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure. Enerzijds bestaat onder een aantal geïnterviewden de angst dat verzekeraars uit bedrijfs-economische overwegingen minder snel aansprakelijkheid zullen erkennen. Van de zijde van belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden is dit gerelativeerd. Voorts is tijdens de interviews naar voren gekomen dat (dreiging met) de deelgeschilprocedure effect kan hebben op de schikkings-bereidheid van verzekeraars. Benadeelden hebben met de mogelijkheid van de deelgeschilprocedure een sterke troef in handen en kunnen het zich door het kostenvergoedingsmodel makkelijker permitteren om de deelgeschilprocedure als ‘tactisch speeltje’ in te zetten.

26 Dit zal enkel in zaken spelen waarbij de (verwachte) schadeomvang de kanton-rechtersgrens overstijgt.

In het vervolg van deze paragraaf evalueer ik de belangrijkste probleem-punten die uit de interviews naar voren zijn gekomen.

11.4.2 *De aansprakelijkheidsvraag binnen de deelgeschilprocedure: procederen zonder (financiële) zorgen?*

De wetgever heeft het mogelijk geacht dat de aansprakelijkheidsvraag in een deelgeschilprocedure aan bod kan komen.²⁷ Onder de geïnterviewde rechters bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of het *altijd* mogelijk en wenselijk is dat de aansprakelijkheidsvraag in een deelgeschilprocedure beantwoord wordt.²⁸ Daarenboven bestaat onder een aantal rechters enige bezorgdheid wanneer de deelgeschilprocedure ingezet gaat worden wanneer aansprakelijkheid nog niet vaststaat of de deelgeschilprocedure juist wordt aangewend om de aansprakelijkheidsvraag aan de rechter voor te leggen. Meerdere rechters die aan het onderzoek hebben meegewerkt, vrezen voor de situatie waarin de deelgeschilprocedure wordt voorgespiegeld als een methode voor de benadeelde om zonder enig financieel risico een vraagstuk aan de rechter voor te leggen. Immers, indien aansprakelijkheid niet komt vast te staan, zal de benadeelde de aan zijn zijde gemaakte kosten zelf moeten dragen. In zaken waarin nog geen aansprakelijkheid is aangenomen en het onzeker is of dit zal gebeuren, zal naar mijn mening derhalve terughoudend omgegaan dienen te worden met de deelgeschilprocedure. De (vermoedelijke) grondslag van de aansprakelijkheid zal hierbij een belangrijke aanwijzing zijn. In bijvoorbeeld WAM-zaken, whiplashzaken of geweldsdelictzaken is de aansprakelijkheidsvraag dikwijls eenvoudig te beantwoorden, waardoor het financieel risico voor een slachtoffer in dit soort zaken minder groot is dan in zaken waarin de aansprakelijkheidsvraag moeilijker te beantwoorden is. De deelgeschilprocedure is in onder andere RSI-zaken en zaken van medische aansprakelijkheid (wanneer nog geen aansprakelijkheid is erkend) een optie die met de nodige voorzichtigheid aangewend dient te worden. Enkele belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden hebben opgemerkt dat hoewel voorzichtigheid gewenst is, verliezen in een deelgeschilprocedure (geen aansprakelijkheid) alsnog voordeliger is dan verliezen in de bodemprocedure. Zij vergelijken de kosten van verlies in een deelgeschilprocedure (eigen kosten) met de situatie waarin de benadeelde de bodemprocedure zou verliezen (eigen kosten en proceskostenveroordeling). Er moet naar mijn mening echter voor worden gewaakt dat de kosten bij verlies in de deelgeschilprocedure (geen aansprakelijkheid) alsnog worden

27 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 10.

28 Zie voor een verdere beschouwing over de mogelijke vragen die in een deelgeschilprocedure aan bod kunnen komen de bijdrage van Mirjam Tuls.

vergeleken met de situatie waarin de benadeelde de bodemprocedure zou verliezen. Immers, de stap naar de rechter zal vanwege het proceskosten-risico niet vaak gezet worden.²⁹ Wanneer de benadeelde ervoor kiest om de zaak *niet* aan de bodemrechter voor te leggen, zal hij ook *niet* in de proceskosten worden veroordeeld. De vaststelling dat de benadeelde immer voordeliger uit is bij het gebruik van een deelgeschilprocedure, gaat mijns inziens derhalve niet op.

Artikel 289 Rv is niet van toepassing op de deelgeschilprocedure. Desalniettemin is er geen eenstemmigheid onder de geïnterviewde rechters over de vraag onder welke omstandigheden de kosten van de deelgeschilprocedure mogen worden aangemerkt als nodeloze kosten indien hoger beroep volgt. De derde volzin van artikel 237 lid 1 Rv zou beschouwd kunnen worden als een sanctie *bovenop* de proceskostenveroordeling: ook kan de rechter de nodeloos aangewende of veroorzaakte kosten voor rekening laten komen van de partij die hiervoor verantwoordelijk is. Mijns inziens omvat de strekking van artikel 1019aa lid 3 Rv mede dat artikel 237 lid 1, derde volzin Rv, niet van toepassing is op de deelgeschilprocedure. De kosten van de deelgeschilprocedure mogen volgens mij dan ook niet aangemerkt worden als nodeloze kosten in de zin van artikel 237 lid 1 Rv. De rechtvaardiging van deze gedachte kan gevonden worden in de ratio van de uitsluiting van artikel 289 Rv. De deelgeschilprocedure dient immers te worden aangemerkt als een fase in de buitengerechtelijke afwikkeling en ook daar bestaat voor de benadeelde niet het risico dat hij de door zijn wederpartij gemaakte kosten moet vergoeden.

11.4.3 De deelgeschilprocedure als tactisch speeltje?

In de interviews is naar voren gekomen dat de deelgeschilprocedure waarschijnlijk tactisch zal worden ingezet. Dit hoeft mijns inziens echter geen kwalijke zaak te zijn, nu ook dan het doel van de wet nagestreefd wordt. Het doel is immers dat de afhandeling van letselschade zal versnellen. De lijn tussen *gebruik* en *misbruik* van de deelgeschilprocedure kan door de inzet als tactisch middel worden overschreden. Wat misbruik is, laat zich volgens een aantal geïnterviewde rechters moeilijk afbakenen. Van misbruik zou mijns inziens sprake kunnen zijn indien blijkt dat een belangen-behartiger van een benadeelde een verzekeraar onnodig op kosten jaagt

²⁹ Slechts 1 tot 5% van alle letselschadezaken wordt aan de rechter voorgelegd. Zie W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims. Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 20.

door een deelgeschil aanhangig te maken wanneer de verzekeraar ook maar lichtelijk protesteert. Ik denk hierbij aan het voorbeeld waarin aansprakelijkheid vaststaat en de benadeelde gegevens wenst te ontvangen van de verzekeraar. De benadeelde maakt een deelgeschil aanhangig waarin deze de exhibitieplicht inroept, terwijl aan de zijde van de verzekeraar nimmer sprake is geweest van een definitieve afwijzing om de stukken te verschaffen.³⁰ Van een probleempunt waarop de onderhandelingen vastlopen kan men dan wellicht nog niet spreken. De rechter zal op de hoogte komen van deze situatie doordat het verzoekschrift een zakelijk overzicht van de inhoud en het verloop van de onderhandelingen over de vordering dient te omvatten.³¹ De rechter zou er in het bovenstaand voorbeeld voor kunnen kiezen om niet-ontvankelijkheid uit te spreken op grond van gebrek aan belang.³²

11.5 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal in hoeverre en op welke wijze het kostenvergoedingsmodel van de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade van invloed zal zijn op de beslissing om een deelgeschil aanhangig te maken.

De benadeelde kan door het karakter van het kostenvergoedingsmodel de stap naar de deelgeschilrechter gemakkelijker maken. De deelgeschilprocedure levert door het karakter van het kostenvergoedingsmodel een aanvullende toegang tot de rechter op. Immers, de benadeelde kan indien aansprakelijkheid vaststaat een oordeel van een rechter krijgen, nagenoeg zonder enig financieel risico te lopen. Het kostenvergoedingsmodel is derhalve de motor die de deelgeschilprocedure doet lopen.

De verwachting van het merendeel van de belangenbehartigers aan de zijde van benadeelden is dat van de mogelijkheid van een deelgeschilprocedure een dreigende werking uitgaat, waardoor de onderhandelingen zorgvuldiger zullen verlopen. Het karakter van het kostenvergoedingsmodel kan een beweegreden voor de verzekeraar zijn om een deelgeschilprocedure te voorkomen. In zaken met een relatief klein belang kan het karakter van het kostenvergoedingsmodel de drijfveer zijn om een benadeelde meer tegemoet te

30 De minister heeft expliciet aangegeven dat de deelgeschilrechter de exhibitieplicht (art. 843a Rv) kan inroepen op grond van de schakelbepaling in art. 284 Rv. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 518, nr. C, p. 6.

31 Art. 1019x lid 3 sub c Rv.

32 Zie voor een verdere beschouwing over dit onderwerp de bijdrage van Mirjam Tuls.

komen. Het kostenvergoedingsmodel lijkt derhalve een effect te hebben op de schikkingsbereidheid van de verzekeraar. Daarnaast kan de benadeelde het zich door het kostenvergoedingsmodel gemakkelijker permitteren om de deelgeschilprocedure uit tactisch oogpunt in te zetten.

Onder een aantal geïnterviewden heerst desalniettemin enige vrees dat het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure in de weg kan staan aan erkenning van aansprakelijkheid. Deze gedachte wordt echter door een aantal andere geïnterviewden gerelativeerd. Voorts verdient de voorwaarde van het vaststaan van aansprakelijkheid volgens een aantal geïnterviewden uit de rechterlijke macht de aandacht. De rechters vrezen voor de situatie waarin de deelgeschilprocedure wordt voorgespiegeld als een methode voor het slachtoffer om zonder enig financieel risico ieder vraagstuk aan de rechter voor te leggen.

Ten slotte dient benadrukt te worden dat naast de daadwerkelijke aanvullende ‘access to justice’, het kostenvergoedingsmodel de benadeelde de mogelijkheid biedt om de deelgeschilprocedure als pressiemiddel in te zetten. De lijn tussen *gebruik* en *misbruik* van de deelgeschilprocedure kan door de inzet als tactisch middel worden overschreden. Op partijen rust de verantwoordelijkheid om behoorlijk met de procedure om te gaan. Voor de rechter wacht de moeilijke taak in te grijpen in geval van misbruik. Wat misbruik is, laat zich volgens de geïnterviewde rechters moeilijk afbakenen. De rechter kan bij vermoeden van misbruik het deelgeschilverzoek afwijzen, oordelen dat het onrechtmatig is geweest een deelgeschil aanhangig te maken of niet-ontvankelijkheid uitspreken. De verwachting onder de geïnterviewden uit de rechterlijke macht is echter dat hiertoe niet spoedig zal worden overgegaan.

Dit onderzoek is verricht *voor* de inwerkingtreding van de Wet deelgeschilprocedure en is gericht op de verwachtingen die in de rechtspraktijk leven ten aanzien van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure. *Na* de inwerkingtreding van de wet zal aanvullend onderzoek wenselijk zijn naar de daadwerkelijke invloed van het kostenvergoedingsmodel op de beslissing om een deelgeschil aanhangig te maken. Hoewel de wetgever een evaluatieonderzoek heeft aangekondigd, heeft hij tot op heden niet aangegeven dat hierbij specifieke aandacht uit zal gaan naar de invloed van het kostenvergoedingsmodel op de beslissing om een deelgeschil aanhangig te maken.³³ Dit zou mijns inziens wel raadzaam zijn, zeker in het licht van het

33 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 26. De minister heeft aangegeven dat onderzoek zal worden verricht naar de vraag of de deelgeschilprocedure er daadwerkelijk toe heeft geleid tot een eenvoudigere en snellere afhandeling van

debat over volledige proceskostenvergoeding in bodemprocedures. Het zou naar mijn mening bijvoorbeeld interessant zijn om onderzoek te verrichten naar de invloed die het kostenvergoedingsmodel heeft op het verband tussen de (mogelijke) afname van het aantal bodemprocedures en het aantal deelgeschilprocedures dat zal worden ingesteld, omdat hiermee de daadwerkelijke invloed van volledige proceskostenvergoeding op de beslissing om te procederen wordt blootgelegd.

Op basis van de resultaten van dit onderzoek kan worden aangenomen dat de deelgeschilprocedure zonder het karakter van het kostenvergoedingsmodel een lege huls zou zijn: het kostenvergoedingsmodel is de motor die de deelgeschilprocedure doet lopen. Volledige vergoeding van kosten is naar verwachting een belangrijke beweegreden voor de benadeelde om de mogelijkheid van de aanvullende toegang tot de rechter te benutten. Onder de geïnterviewden heerst de gedachte dat de deelgeschilprocedure niet nodig zou zijn indien de benadeelde zijn proceskosten in de bodemprocedure volledig vergoed zou zien. De vraag naar de mogelijkheid en wenselijkheid van volledige proceskostenvergoeding in een bodemprocedure gaat dit hoofdstuk te buiten. Desalniettemin wil ik concluderen dat het karakter van het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure – zowel ten aanzien van de volledige proceskostenvergoeding als de onmogelijkheid van het van kleur verschieten van de kosten van de deelgeschilprocedure – een dusdanig rake remedie is voor een benadeelde, dat het zwaktepunt van de gang naar de bodemrechter wordt blootgelegd. Het kostenvergoedingsmodel van de deelgeschilprocedure zal naar mijn mening een nieuwe impuls geven aan het debat over volledige proceskostenvergoeding in bodemprocedures.

letsel- en overlijdensschade, alsmede of de daarna eventueel nog gevoerde bodemprocedures in eerste aanleg sneller verlopen. Tevens zullen, indien mogelijk, de effecten voor de rechtsontwikkeling in kaart worden gebracht. Op verzoek van de Raad voor de Rechtspraak zal bij de evaluatie bijzondere aandacht worden besteed aan de wijze waarop gebruik wordt gemaakt van de deelgeschilprocedure. De effecten voor de werkbelasting van de rechterlijke macht zullen nadrukkelijk in de evaluatie worden meegenomen.

XII Implementatie van artikel 14

Handhavingsrichtlijn: lost in translation?

R. van Vlooten

Met Richtlijn 2004/48/EG is een uniform kader gecreëerd voor de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (IE-rechten). Een van de richtlijnbevestigingen, artikel 14, legt op lidstaten de plicht om bij zaken die de handhaving van IE-rechten betreffen (de IE-zaken) ervoor te zorgen dat de kosten van de in het gelijk gestelde partij door de verliezende partij zullen worden gedragen. In het kader van het thema van deze bundel heb ik onderzocht hoe raak deze richtlijnbevestiging is. Mijn bijdrage heeft daarom een tweeledige onderzoeksvraag: welke doelen liggen besloten in artikel 14 van Richtlijn 2004/48/EG (de Handhavingsrichtlijn), en zijn deze doelen bereikt?

Artikel 14 Handhavingsrichtlijn kent onder meer een harmonisatiedoel. Hiermee wordt beoogd een level playing field te creëren in de interne markt, zodat op het gebied van kosten de gerechtelijke handhaving overal even (on)aantrekkelijk is. Tevens kent artikel 14 een billijkheidsdoel. Het zorgt voor een adequate en billijke bescherming tegen inbreuk, aangezien het onbillijk zou zijn wanneer de winnende partij de eigen proceskosten zou moeten dragen. Daarnaast is er een preventiedoel. Door het toegenomen procesrisico wordt ongewenst en/of inefficiënt procedureel gedrag voorkomen.

Voor het antwoord op de vraag of deze doelen zijn bereikt, heb ik de relevante regelgeving in de Nederlandse, Belgische, Duitse en Engelse rechtssystemen onderzocht. Mijn conclusie is dat artikel 14 Handhavingsrichtlijn slechts gedeeltelijk raak is. Door de verschillende proceskostenregimes van de onderzochte landen wordt het harmonisatiedoel niet bereikt. Het billijkheids- en het preventiedoel worden slechts in het Nederlandse en Duitse stelsel van proceskostenveroordeling verwezenlijkt. Het Belgische systeem is door de forfaitaire begrenzingsen niet in lijn met de beoogde doelen van de richtlijnbevestiging. In Engeland kent het systeem dermate hoge kosten en complexiteit dat ook hier de regelgeving niet overeenstemt met hetgeen door de Europese wetgever is beoogd.

12.1 Inleiding

Procederen is een kostbare aangelegenheid. Dit geldt in het bijzonder voor zaken die het intellectueel eigendomsrecht betreffen. In een onderzoeksrapport van de Europese Commissie uit 2006 werden de gemiddelde proceskosten in Nederland op € 120.000 geschat voor een octrooizaak in eerste aanleg.¹ Nu kan in ons rechtssysteem de verliezende partij worden veroordeeld de proceskosten van de winnende partij te vergoeden. Het leeuwendeel van de totale proceskosten – de advocaatkosten – wordt echter begroot volgens een forfaitair puntensysteem (het liquidatietarief). Dit heeft als gevolg dat de uiteindelijk toegekende kostenvergoeding veelal niet of nauwelijks in de buurt komt van de werkelijk gemaakte kosten.

Bij zaken die de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten betreffen (de zogenaamde IE-zaken) geldt een ander regime sinds de inwerking-treding van artikel 1019h Rv in 2007.² Deze bepaling is voortgevloeid uit artikel 14 van Richtlijn 2004/48/EG (verder: ‘Handhavingsrichtlijn’) en houdt kort gezegd in dat in IE-zaken de verliezende partij veroordeeld kan worden in de redelijke en evenredige proceskosten van de winnende partij, tenzij de billijkheid zich hiertegen verzet. Wat heeft de Europese wetgever met deze regeling beoogd en zijn deze doelen bereikt? Deze vraag zal ik zowel op nationaal niveau als in rechtsvergelijkend perspectief trachten te beantwoorden. Kort gezegd: hoe raak is deze Europese richtlijnbe-paling?

Met betrekking tot het begrip proceskosten zullen de buitengerechtelijke kosten buiten beschouwing blijven. Deze bijdrage beperkt zich tot de gerechtelijke kosten, waarbij de nadruk zal liggen op de verhaalbaarheid van de advocaatkosten. De bijdrage begint met een beschouwing over de doelen van artikel 14 Handhavingsrichtlijn (par. 2). Daarna wordt beschreven hoe de implementatie in Nederland is uitgevoerd, welke effecten zich hebben voorgedaan, en hoe deze moeten worden beoordeeld in het licht van de doelen van de richtlijnbe-paling (par. 3) Vervolgens zal in een rechtsvergelijkende analyse worden ingegaan op de relevante regelgeving in België, Duitsland en Engeland (par. 4). Tot slot volgt de conclusie (par. 5).

1 CJA Consultants Ltd., *Patent Litigation Insurance – A study for the European Commission on the feasibility of possible insurance schemes against patent litigation risks*, Appendices to the Final Report, June 2006, Appendix 3: Cost of litigation per patent in force in 2004 by country, p. 54, <www.ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/pli_appendices_en.pdf>.

2 Voor een volledige opsomming van de intellectuele-eigendomsrechten waarop art. 1019h Rv van toepassing is, verwijst ik naar art. 1019 Rv.

12.2 Richtlijn 2004/48/EG, de Handhavingsrichtlijn

12.2.1 Totstandkoming van de Handhavingsrichtlijn

Sinds de negentiende eeuw bestaan er internationale verdragen die toezien op de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten (hierna 'IE-rechten').³ Ten aanzien van de handhaving van deze rechten bestonden echter geruime tijd geen internationale afspraken. Dit veranderde met de inwerkingtreding van de TRIPS-overeenkomst.⁴ Deze kent een groot aantal handhavingsbepalingen, waaronder de bevoegdheid van de rechterlijke autoriteiten om de inbreukmaker te gelasten aan de rechthebbende onder meer de 'passende honoraria van een raadsman' te betalen.⁵ Ondanks het feit dat de Europese Gemeenschap partij was bij de TRIPS-overeenkomst, werd in 2004 de Handhavingsrichtlijn aangenomen door het Europees Parlement.⁶ Dit kwam onder meer omdat de TRIPS-overeenkomst niet voorzag in bepaalde middelen tot handhaving. Andere handhavingsmiddelen waren slechts facultatief. Tevens verschilde de tenuitvoerlegging van de in de TRIPS-overeenkomst vastgelegde maatregelen en procedures van land tot land.⁷ Tot slot hadden deze handhavingsbepalingen geen rechtstreekse werking in het gemeenschapsrecht.⁸

De eerste aanzet voor de totstandkoming van de Handhavingsrichtlijn werd gegeven in de zogenaamde *Green Paper on Counterfeiting and Piracy* (verder 'Groenboek').⁹ In dit rapport werd door de Europese Commissie

3 Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, *Trb.* 1969, 144 en 1970, 187. Goedkeuringswet van 26 juni 1974, *Stb.* 1974, 398. Dit verdrag werd gesloten in 1883.

4 Voluit: *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Opgenomen als Bijlage 1C van de overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, *Trb.* 1995, 130 (het WTO-verdrag).

5 Art. 45 lid 2 TRIPS-overeenkomst.

6 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (eerste publicatie in *PbEG* 2004, L 157/45; gerectificeerd in *PbEG* 2004, L 195/16). Ook in mijn voetnoten zal ik Richtlijn 2004/48/EG verder aanduiden als de Handhavingsrichtlijn.

7 COM(2003)46 def., p. 13-19; overweging 7-9 Handhavingsrichtlijn.

8 HvJ EG 14 december, nr. C-300/98 en C-392/98, *Jur.* 2000, p. I-11307, r.o. 41-49 (*Dior/Tuk*). In deze zaak werd door het HvJ overigens wel benadrukt dat lidstaten op grond van het gemeenschapsrecht hun nationale regels zo veel mogelijk conform de TRIPS-overeenkomst dienden toe te passen. Tevens benadrukte het HvJ in r.o. 49 dat een rechtstreeks beroep op de TRIPS-overeenkomst op grond van het nationale recht mogelijk is.

9 COM(98)569 def.

onderzocht wat de gevolgen van piraterij en namaak waren voor de interne markt¹⁰ en hoe men IE-rechten op communautair niveau effectiever kon beschermen. Een van de conclusies in het Groenboek luidde dat de handhaving van IE-rechten in de interne markt verbeterd moest worden.¹¹ In de *Follow-up* op het Groenboek nam de Commissie zich voor maatregelen te treffen.¹² Dit leidde in 2003 tot een richtlijnvoorstel.¹³ Het hoofddoel van de Europese wetgever was de creatie van een doeltreffende, homogene en gelijkwaardige bescherming van IE-rechten in de interne markt.¹⁴ Harmonisatie zou moeten leiden tot een effectievere bestrijding van inbreuk in het algemeen, en van piraterij en namaak in het bijzonder. Op 29 april 2004 werd het richtlijnvoorstel, na enkele wijzigingen,¹⁵ aangenomen door het Europese Parlement, met 29 april 2006 als uiterste implementatiedatum.

De tenuitvoerlegging van de richtlijnbepalingen is aan de lidstaten overgelaten. De Europese wetgever voorziet met artikel 3 Handhavingsrichtlijn niettemin in een algemene verplichting voor de lidstaten. Deze verplichting houdt onder meer in dat de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn. Tevens dienen zij doeltreffend en evenredig te zijn.¹⁶ De Handhavingsrichtlijn is van toepassing op elke inbreuk op IE-rechten.¹⁷ Tenzij uitdrukkelijk vermeld, spelen de factoren opzet en/of ernst van de inbreuk geen rol.¹⁸

- 10 Art. 94 en 95 EG. De interne markt is een term voor een gemeenschappelijke markt zonder binnengrenzen, waarin naast vrij verkeer van goederen en diensten ook gelijke mededingingsvoorwaarden gewaarborgd worden. Zie ook HvJ EG 11 juni 1991, nr. C-300/89, *Jur.* 1991, p. I-02867, r.o. 14 (*Titaandioxide*).
- 11 COM(98)569 def., p. 12-13.
- 12 COM(2000)789 def.
- 13 COM(2003)46 def.
- 14 Overweging 1 t/m 10 van de Handhavingsrichtlijn.
- 15 A5-0468/2003, onder andere de strafrechtelijke maatregelen van het richtlijnvoorstel hebben de uiteindelijke richtlijn niet gehaald.
- 16 Volledige tekst art. 3 Handhavingsrichtlijn, lid 1: 'De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden.'
Lid 2: 'De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.'
- 17 Zie overweging 13 en ook art. 2 lid 1 Handhavingsrichtlijn.
- 18 In overweging 17 van de Handhavingsrichtlijn wordt gesteld dat de vaststelling van de handhavingsmiddelen uit de richtlijn zodanig dient te gebeuren dat er rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van elk afzonderlijk

12.2.2 *De indemnity costs rule*

Artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn luidt als volgt:

‘De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.’

Deze bepaling kan gezien worden als een uitwerking van wat in de common law ook wel bekend staat als de *indemnity costs rule*.¹⁹ Volgens deze algemene regel moet de verliezende partij naast de eigen kosten, ook die van de winnende partij betalen. De Nederlandse term voor deze regel is het indemnisiatiestelsel.²⁰ Artikel 14 Handhavingsrichtlijn neemt de *indemnity costs rule* als uitgangspunt, en voegt hier een dubbele redelijkheidstoets aan toe.²¹ Op basis van deze bepaling kan de verliezende partij dus worden veroordeeld in de volledige kosten van de wederpartij, mits deze kosten de dubbele redelijkheidstoets doorstaan. Uit de toelichting op het richtlijnvoorstel volgt dat de griffierechten en de honoraria van de advocaat onder het begrip gerechtskosten moeten worden geschaard. Bij andere kosten kan men denken aan de onderzoekskosten of deskundigenkosten (zoals het salaris van een octrooigemachtigde).²²

12.2.3 *Doelen van artikel 14 Handhavingsrichtlijn*

De ratio van artikel 14 Handhavingsrichtlijn is, anders dan bij de andere handhavingsbepalingen, niet letterlijk uit de considerans af te leiden. Kijkend naar de ontstaansgeschiedenis van de Handhavingsrichtlijn en de intenties van de Europese wetgever, lijkt het meest voor de hand liggende

geval. De (on)opzettelijke aard van de inbreuk wordt hierbij genoemd als een specifieke omstandigheid. Slechts in enkele artikelen (bijv. art. 8, 9, 12 en 13) speelt de opzettelijke of commerciële aard van de inbreuk expliciet een rol.

19 Zie ook N. Andrews, *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 825; J. Peysner, ‘A revolution by degrees: from costs to financing and the end of the indemnity principle’, *Web Journal of Current Legal Issues* 2001, <www.webjcli.ncl.ac.uk/2001/issue1/peysner1.html>. Overigens staat de *indemnity costs rule* ook bekend als de *English rule*. De tegenhanger hiervan is de *American rule* waarbij alle partijen hun eigen kosten dragen.

20 W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhof 1945, p. 4.

21 D.J.G. Visser & A. Tsoutsanis, ‘De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken’, *NJB* 2006, p. 1940-1946.

22 COM(2003)46 def., p. 26.

doel de opheffing van de onderlinge verschillen tussen lidstaten in de proceskostenveroordeling. Dit valt af te leiden uit overweging 10 van de considerans.²³ Door elke lidstaat te verplichten een soortgelijke proceskostenveroordeling in zijn nationale wetgeving te implementeren, wordt er een *level playing field* gecreëerd. Handhaving door middel van procederen wordt in alle jurisdicties even (on)aantrekkelijk, aangezien overal de mogelijkheid bestaat dat de verliezer wordt veroordeeld in de redelijke en evenredige proceskosten. Dit vat ik kort samen als het *harmonisatiedoel* van artikel 14 Handhavingsrichtlijn.

Een ander doel van het proceskostenregime van artikel 14 ligt in de billijkheid. Met de Handhavingsrichtlijn wilde de Europese wetgever in de interne markt een doeltreffende, homogene en gelijkwaardige bescherming van IE-rechten bieden tegen inbreuk in het algemeen en tegen piraterij en namaak in het bijzonder. Deze beschermingsgedachte is mijns inziens niet verenigbaar met het zogeheten compensatiestelsel,²⁴ ofwel een systeem waarin iedere procespartij haar eigen kosten draagt. Het zou niet billijk zijn als een partij die het slachtoffer wordt van (al dan niet grootschalige) inbreuk, bij het winnen van de procedure zelf haar proceskosten moet dragen. De onrechtmatige handelingen van de inbreukmakende partij zijn immers de oorzaak van de gerechtelijke procedure. Een gevolg van het in stand laten van een dergelijke onbillijke situatie zou kunnen zijn dat partijen die denken een legitieme claim te hebben, afzien van een gerechtelijke procedure vanwege de kosten. Dit zou een negatief effect kunnen hebben op de toegang tot de rechter. De *indemnity costs rule* voorziet in een billijke oplossing voor de ontstane proceskosten.²⁵ Deze achterliggende gedachte vat ik kort samen als het *billijkheidsdoel* van artikel 14 Handhavingsrichtlijn.²⁶

Een ander doel van artikel 14 ligt in de preventiesfeer. Indien de mogelijkheid bestaat dat de verliezende partij in de (redelijke en evenredige) proceskosten van de winnaar wordt veroordeeld, betekent dit een stijging van het procesrisico. In theorie is dit van invloed op de wil van partijen

23 Overweging 10 Handhavingsrichtlijn: 'Het doel van deze richtlijn is de onderlinge aanpassing van deze wetgevingen teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming in de interne markt te waarborgen.'

24 W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhof 1945, p. 4.

25 Aldus ook W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhof 1945, p. 18-19.

26 Ook door het Comité van Ministers van de Raad van Europa wordt de *indemnity costs rule* gezien als een belangrijk onderdeel van het recht op toegang tot de rechter, zie punt 14 onderdeel D van *Recommendation nr. R(81)7 On Measures Facilitating Access to Justice*.

om te procederen, dan wel te schikken. Zo volgt uit het standaard rechts-economische beslissingsmodel voor civiele geschiloplossing dat een verhoging van de proceskosten de toegang tot het recht kan belemmeren.²⁷ De *indemnity costs rule* kan conflicteren met het recht op toegang tot de rechter (zie artikel 6 EVRM) en het zojuist geschetste billijkheidsdoel. Aan de andere kant kan deze toegangsdrempel juist preventief werken tegen *frivolous* of *vexatious litigation*.²⁸ Een verhoogd procesrisico kan voorkomen dat partijen een procedure beginnen die een kleine kans van slagen heeft. Een (te) lage kostendrempel zou namelijk kunnen aanmoedigen tot (onnodig) procederen.²⁹ Daartegenover verkleint de *indemnity costs rule* de kans dat eisers die een sterke zaak hebben, zullen afzien van een procedure vanwege een negatief nettoresultaat. Met betrekking tot dergelijke situaties kan het proceskostenregime van artikel 14 remmend en dus preventief werken. Kort samengevat is dit het *preventiedoel* van artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Dit doel valt niet expliciet te herleiden uit de beleidsdocumenten van de Commissie of het verslag van de behandeling door het Europese parlement. In de rechtseconomie wordt een dergelijke allocatie van de proceskosten echter gezien als een manier om bepaalde ongewenste en inefficiënte gedragingen – zoals het onnodig starten en/of vertragen van procedures – te ontmoedigen.³⁰

12.3 Implementatie in Nederland

12.3.1 Inleidende opmerkingen

Voor mijn bijdrage leek het mij relevant om te achterhalen welke effecten in de Nederlandse rechtspraktijk zijn opgetreden als gevolg van de

27 Verwachte netto-opbrengst procedure = (kans op succes x schadevergoedingsbedrag) minus (kans op verlies x proceskosten). In dit eenvoudige model draagt de verliezer alle proceskosten. Zie B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 1997, p. 218.

28 Zie voor een uitvoerige analyse van de nemen maatregelen tegen 'vexatious litigation' de bijdrage van Tom Bruijnzeel in deze bundel.

29 Aldus ook A.A.S. Zuckerman, 'Justice in Crisis: Comparative Dimensions', in: A.A.S. Zuckerman (red.), *Civil Justice in crisis*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 9; J.R.L.A. Huydecoper, 'Wat mag recht kosten', in: J.R.L.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena, *De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 17 (voetnoot 24).

30 W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 256-258; P. van Wijck & B. van Velthoven, 'An economic analysis of the American and the Continental rule for allocating legal costs', *European Journal of Law and Economics* 2000, 9:2, p. 115-125.

richtlijnbeplating en in welke mate zij corresponderen met de zojuist geïdentificeerde doelen. Hiervoor heb ik jurisprudentieonderzoek verricht naar inbreukprocedures op merkenrechtelijk en octrooirechtelijk gebied, waarbij ik mij heb gericht op de uitspraken in eerste aanleg.³¹ Daarnaast heb ik gesprekken gevoerd met verschillende advocaten, allen IE-specialisten. Ik heb hen onder meer gevraagd naar hun ervaringen met het nieuwe proceskostenregime en welke ontwikkelingen zij als (on)wenselijk beschouwen.³² Ik zal mij in de volgende subparagrafen beperken tot de belangrijkste bevindingen.

12.3.2 Liquidatietarief

In beginsel geldt in de Nederlandse civiele procedure de *indemnity costs rule*. Deze is terug te vinden in artikel 237 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Op basis hiervan wordt de (bij vonnis) in het ongelijk gestelde partij in de kosten veroordeeld.³³ Met betrekking tot de advocaatkosten wordt in artikel 239 Rv bepaald dat bij zaken waar procesvertegenwoordiging verplicht is, slechts de salarissen en verschotten van de advocaat van de winnende partij ten laste van de verliezende partij kunnen worden gebracht. Zowel artikel 237 als 239 Rv laat in het midden hoe de rechter de kosten moet begroten. Wettelijk gezien is het dus mogelijk dat de winnende partij haar volledige kosten vergoed krijgt. De beoordelingsvrijheid die de rechter in beginsel heeft, is nauwelijks terug te vinden in de rechtspraak. Zo hanteert de rechter voor de begroting van de advocaatkosten doorgaans de richtlijnen die staan vermeld in het liquidatietarief.³⁴ In dit forfaitaire stelsel worden de advocaatkosten berekend aan de hand van de verrichte werkzaamheden en het belang van de zaak. De forfaitaire vergoedingen die uit dit systeem voortvloeien, zijn veelal niet voldoende om de werkelijke kosten voor rechtsbijstand te dekken. De rechter is wettelijk

31 Onder inbreukprocedures versta ik geschillen waarin inbreuk en/of een aanval op de geldigheid van het IE-recht centraal te staan in de procedure. Voor mijn jurisprudentieonderzoek naar IE-zaken heb ik onder meer de website <www.boek9.nl> gebruikt. Indien bij aangehaalde rechtspraak alleen een B9 nummer staat, is de desbetreffende uitspraak via <www.boek9.nl> te raadplegen.

32 Ik heb met acht advocaten van verschillende grote en middelgrote kantoren gesprekken gevoerd, die gemiddeld 40 minuten duurden. Daar zij niet met naam en kantoor naam genoemd wilden worden, heb ik hun meningen geanonimiseerd weergegeven.

33 Art. 241 Rv bepaalt wanneer kosten als gerechtelijk, dan wel buitengerechtelijk zijn aan te merken. De advocaatkosten worden nadrukkelijk onder de categorie van gerechtelijke kosten (m.a.w. proceskosten) geschaard. Voor buitengerechtelijke kosten is art. 6:96 lid 2 onder b en c BW van toepassing.

34 Het liquidatietarief is in te zien op <www.rechtspraak.nl> door in de algemene zoekfunctie op het woord 'liquidatietarief' te zoeken.

niet verplicht zich aan het liquidatietarief te houden,³⁵ maar in de praktijk wordt zelden afgeweken van het forfaitaire vergoedingsstelsel.³⁶ In verband met de toegankelijkheid van het recht is de vergoeding van de werkelijke (volledige) proceskosten geruime tijd als onwenselijk beschouwd.³⁷

12.3.3 Artikel 1019h Rv

Voor IE-zaken geldt sinds 1 mei 2007 een andere regeling.³⁸ Een jaar na de uiterste implementatiedatum van de Handhavingsrichtlijn trad artikel 1019h Rv in werking.³⁹ Het artikel luidt als volgt:

‘Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel in het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet [romein: RvV].⁴⁰

Na bestudering van de Handhavingsrichtlijn kwam de Nederlandse regering tot de conclusie dat omzetting in nationale wetgeving op een aantal punten – waaronder de proceskostenveroordeling – noodzakelijk was.⁴¹ De Handhavingsrichtlijn maakt onder voorwaarden van redelijkheid en evenredigheid een volledige proceskostenveroordeling mogelijk, tenzij de billijkheid zich hiertegen verzet. Het Nederlandse forfaitaire proceskostenregime waarin het liquidatietarief als uitgangspunt werd genomen, was hiermee in

35 HR 3 april 1998, NJ 1998, 571, r.o. 3.3. (*Lindeboom/Beusmans*).

36 Uit Hof Den Haag 25 september 2002, NJ 2003, 128, r.o. 6 (*Geerdink en Mackenbach/Van den Berg c.s.*) volgt dat afwijken van het forfaitaire stelsel alleen naar aanleiding van bijzondere omstandigheden kan plaatsvinden (waarbij het hof in het midden laat wat deze omstandigheden zouden kunnen zijn). In HR 20 maart 2009, NJ 2009, 234, r.o. 3.5. wordt bevestigd dat de rechter zich niet aan het liquidatietarief hoeft te houden.

37 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 8 (MvT).

38 Wet van 8 maart 2007, *Stb.* 2007, 108.

39 De implementatietermijn van de Handhavingsrichtlijn liep af op 29 april 2006 (art. 20 Handhavingsrichtlijn).

40 In de eerste regels van het artikel wordt bepaald dat in situaties waarin de forfaitaire kostenveroordeling meer zou opleveren dan de werkelijk gemaakte kosten, de forfaitaire kostenveroordeling verkozen dient te worden. Daarnaast geldt art. 1019h Rv niet bij de procedure ex art. 843a Rv (de exhibitieplicht). *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

41 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 16 (MvT).

strijd.⁴² Met artikel 1019h Rv heeft de Nederlandse wetgever dit probleem opgelost. Wanneer uitdrukkelijk de werkelijk gemaakte kosten worden gevorderd, kan de Nederlandse rechter de verliezende partij veroordelen in de proceskosten op basis van artikel 1019h Rv.⁴³ Deze bepaling is echter alleen van toepassing in procedures die de handhaving van IE-rechten betreffen.⁴⁴ Voor alle overige (civiele) procedures zal nog steeds het liquidatietarief worden toegepast.⁴⁵ Hierdoor is er in Nederland sprake van de situatie dat er bij één bepaald rechtsgebied een ander proceskostenregime geldt dan bij andere rechtsgebieden het geval is.

12.3.4 *Indicatietarieven in IE-zaken*

Nederland slaagde er niet in artikel 14 Handhavingsrichtlijn voor 29 april 2006 te implementeren. Daarom werd na het verstrijken van de implementatietermijn door de Nederlandse rechter een richtlijnconforme interpretatie toegepast op artikel 237 e.v. Rv. Niet iedere rechter deed dit echter op dezelfde wijze, wat tot de nodige onzekerheid leidde.⁴⁶ Deze onzekerheid zette zich voort na de inwerkingtreding van artikel 1019h Rv op 1 mei 2007. Dit lag in belangrijke mate aan de met ‘open begrippen’ (redelijkheid, evenredigheid, billijkheid) doorspekte richtlijn- en wetbepaling. Voor deze onzekerheid had de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) al in 2006 gewaarschuwd. De NOvA stelde dat het voor advocaten moeilijk zou worden hun cliënten adequaat voor te lichten over het procesrisico, als gevolg van de nieuwe regelgeving. In een wetgevingsadvies werd daarom gepleit voor de invoering van speciale liquidatietarieven in IE-zaken.⁴⁷

Het vermoeden van de NOvA bleek juist. Omdat er in de rechtspraak behoefte was aan een handvat om een inschatting te kunnen maken over het kostenrisico, traden op 1 augustus 2008 de zogenaamde Indicatietarieven

42 Zie ook J.R.L.A. Huydecoper, ‘Nous maintiendrons – de nieuwe ‘Richtlijn handhaving’’, *AMI* 2004, p. 117-123.

43 Vergoeding van volledige proceskosten dient te worden gevorderd en tijdig gespecificeerd volgens de regels van het Endstra-arrest, zie HR 30 mei 2008, *LJN* BC2135, r.o. 5.4.1. (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*).

44 Art. 1019 Rv.

45 Op 1 juli 2010 treedt de deelgeschillenregeling letselschade in werking. In deze aparte verzoekschriftprocedure is het mogelijk om de kosten van rechtsbijstand volledig vergoed te krijgen. Zie over het kostenveroordelingsmodel daarvan de bijdrage van Anouk Oude Hergelink.

46 D.J.G. Visser & A. Tsoutsanis, ‘De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken’, *NJB* 2006, p. 1940-1946.

47 Wetgevingsadvies van de Adviescommissie BPR van de NOvA van 27 november 2006, geraadpleegd via <www.advocatenorde.nl>.

in IE-zaken (verder: ‘Indicatietarieven’) in werking.⁴⁸ Deze zijn uitgevaardigd door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC).⁴⁹ Met de Indicatietarieven is invulling gegeven aan het redelijkheids- en evenredigheids criterium van artikel 1019h Rv. De tarieven zijn tot stand gekomen in samenspraak met de NOvA. Gekozen is voor een categorisering die afhankelijk is van de complexiteit van de procedure.⁵⁰ Het financiële belang van de zaak is niet bepalend voor de tarieven. Waarschijnlijk is hiertoe besloten omdat het financiële belang bij IE-zaken in veel gevallen niet direct duidelijk is. Zo wordt bij de vermeende inbreuk op een IE-recht door de rechthebbende meestal in een kort geding een inbreukverbod geëist, waarna in de bodemprocedure de eventuele schadevergoeding wordt gevorderd.⁵¹ De Indicatietarieven gelden niet voor octrooizaken (waarover nader in paragraaf 12.3.5). Zij zijn slechts bedoeld voor alle overige IE-zaken in eerste aanleg.⁵² De volgende indeling is gemaakt:

- eenvoudig kort geding: maximaal € 6.000;
- overige korte gedingen: maximaal € 15.000;
- eenvoudige bodemzaak zonder repliek en dupliek: maximaal € 8.000;
- overige bodemzaken zonder repliek en dupliek: maximaal € 20.000;
- eenvoudige bodemzaak met repliek, dupliek en/of pleidooi: maximaal € 10.000;
- overige bodemzaken met repliek, dupliek en/of pleidooi: maximaal € 25.000.

De tarieven dienen slechts ter indicatie voor de werkzaamheden van de advocaat. Het staat de rechter vrij om hiervan af te wijken. Gebeurt dit ook in de praktijk? Welnu, deze vraag valt eigenlijk buiten het bestek van

48 Ongetwijfeld heeft de negatieve publiciteit als gevolg van zaken waarin discutabel declaratiegedrag werd tentoongespreid ook een rol gespeeld in de totstandkoming van de Indicatietarieven. Een bekend (of berucht) voorbeeld is de ‘Trattoria del’Italia’-affaire, zie v.zr. ’s-Hertogenbosch 6 augustus 2007, LJN BB1252, r.o. 4.8.1. (*OGC/Total Backup B.V. c.s.*). De column ‘actualiteiten’ van M. Kaaks in het *Advocatenblad* van 7 september 2007 geeft een vermakelijke weergave van het (fictieve) gesprek met de advocaten in kwestie.

49 De Indicatietarieven in IE-zaken zijn te raadplegen op <www.rechtspraak.nl> door in de algemene zoekfunctie op het woord ‘indicatietarieven’ te zoeken.

50 Navraag leerde mij dat bij een eenvoudig kort geding bijvoorbeeld gedacht kan worden aan een procedure waar ‘slechts’ één rechtsvraag aan de orde is (wel/ geen inbreuk), er geen buitenlandse partijen zijn, er geen incidentele procedures zijn, en er niet veel processtukken zijn gewisseld.

51 Zie ook punt 7 van het wetgevingsadvies van de Adviescommissie BPR van de NOvA van 27 november 2006, geraadpleegd via <www.advocatenorde.nl>.

52 Een volledig overzicht van alle uitgangspunten is te vinden op <www.rechtspraak.nl> door te zoeken op ‘indicatietarieven’.

mijn onderzoek, maar bij wijze van steekproef heb ik merkenrechtelijke inbreukprocedures in eerste aanleg uit 2009 nader onder de loep genomen. Van de 85 door mij onderzochte uitspraken zijn er 34 zaken waarin de toepasselijkheid van de Indicatie-tarieven een nadrukkelijke rol speelde in de kostenveroordeling. Van dit aantal werd in 11 zaken door de rechter een hoger bedrag aan advocaatkosten toegewezen dan het bijpassende indicatietarief.⁵³ Overigens, werd in een aantal van deze zaken de proceskostenvordering niet betwist,⁵⁴ waardoor de rechter niets anders kan doen dan toewijzen.⁵⁵ Tegenover deze 11 zaken staan 23 zaken waarin volledige vergoeding van de proceskosten werd gevorderd, maar deze door de rechter niet werd toegekend, onder uitdrukkelijke verwijzing naar de Indicatie-tarieven bij de motivering van de beslissing.⁵⁶ Uit deze gegevens kunnen geen harde conclusies worden getrokken. Het zijn echter wel aanwijzingen dat afwijking van de Indicatie-tarieven niet snel plaatsvindt.⁵⁷

12.3.5 Octrooizaken

Het octrooirecht is een apart specialisme binnen het IE-recht. Door de complexe, internationale en technische aard van octrooizaken is naast een octrooiadvocaat meestal ook de bijstand en deskundigheid van een octrooigemachtigde nodig. Vóór de inwerkingtreding van artikel 1019h Rv waren geschillen in dit rechtsgebied al een kostbare aangelegenheid. De mogelijkheid tot een volledige proceskostenveroordeling heeft de kosten (en de

53 Zie onder andere Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 18 augustus 2009, B9 8115, r.o. 4.25. (*Nikon/Crown*). De rechter was hier van oordeel dat de Indicatie-tarieven niet toepasselijk waren, omdat de zaak te complex was en wees de advocaatkosten van Nikon (ter hoogte van € 44.470,98) toe; Rb. Rotterdam 9 december 2009, B9 8441, r.o. 5.17. (*Minimax/Ansul*). De rechter achtte hier de advocaatkosten van Minimax (€ 30.000) redelijk en evenredig. Dit overigens zonder te motiveren waarom.

54 Bijvoorbeeld Rb. Maastricht (vzr.) 28 mei 2009, B9 7979, r.o. 3.11. (*Koninklijke Sphinx/Dutch Tiles, Koramic Industries*). In dit kort geding werden de advocaatkosten van de winnende partij (€ 82.803,60 in totaal) niet betwist. Een reden hiervoor kan zijn dat de verliezende partij een even hoge of hogere kostenspecificatie heeft ingediend.

55 Niet-betwiste proceskosten ex. art. 1019h Rv dienen te worden toegewezen, zie HR 26 februari 2010, LJN BK5756, r.o. 5.2. (*Stichting Baas In Eigen Huis/Plazacasa*).

56 Bijvoorbeeld in Rb. Rotterdam (vzr.) 9 april 2009, B9 7804, r.o. 4.12. (*Kamer van Koophandel/Kantoor voor Klanten c.s.*). In dit kort geding vorderde eiser € 110.000 aan gerechtelijke kosten (incl. kosten rechtsbijstand). Na betwisting door gedaagde werd door de rechter in overeenstemming met het toepasselijke indicatietarief € 15.000 aan (advocaat)kosten toegewezen.

57 Een apart (jurisprudentie)onderzoek zou op dit vlak wellicht meer duidelijkheid kunnen bieden. Dit valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

benodigde budgetten) nog verder doen stijgen.⁵⁸ In een onderzoek uit 2009 worden voor een octrooizaak in eerste aanleg – afhankelijk van de omvang van de zaak – de kosten per procespartij tussen de € 60.000 en € 200.000 geschat.⁵⁹ Rekening houdend met een geheel of gedeeltelijk verlies, dient men een budget te hebben dat tussen de € 120.000 en € 400.000 ligt. Het mag duidelijk zijn dat de voorspelbaarheid van de kosten hierdoor drastisch is afgenomen. Uit de gesprekken met de advocaten kwam naar voren dat de stijging van de proceskosten, het procesrisico en de onvoorspelbaarheid van de kosten hen in de informatievoorziening naar de cliënt toe kostenbewuster heeft gemaakt. Advocaten deelden mee als gevolg van de kostenveroordeling eerder aan de rem te trekken bij een niet sterke zaak die op een gerechtelijke procedure dreigde uit te lopen. Cliënten werden in dergelijke gevallen uitdrukkelijk gewezen op het risico van de proceskosten. Waar advocaten het voorheen om tactische redenen nog wel eens op een procedure lieten aankomen, zijn zij daartoe tegenwoordig veel minder snel geneigd vanwege het toegenomen procesrisico.

Een stijging van het procesrisico kan een negatief effect hebben op de toegang tot de rechter. Dit gevaar is potentieel groter bij octrooizaken. Een onderzoek van Van Engelen uit 2008 wees uit dat het succespercentage voor octrooizaken aanmerkelijk lager ligt dan bij andere IE-zaken.⁶⁰ De gevolgen voor de rechtspraak zijn echter minder groot dan men eerste instantie zou verwachten. Er is geen sprake van een significante afname van het aantal procedures in octrooizaken sinds de invoering van artikel 1019h Rv. Dit wordt bevestigd in de gesprekken die ik heb gevoerd. De octrooiadvocaten hebben geen afname in werk signaleerd, en zou die al hebben plaatsgevonden, dan wordt door hen betwijfeld of deze gerelateerd is aan de volledige proceskostenveroordeling. Dit heeft onder meer te maken met de aard van het octrooirecht. Alleen al de verkrijging (en instandhouding)

58 Ter illustratie: in HR 13 januari 2006, *LJN AU3256 (Eiser c.s./Gnanam c.s.)* wordt de verliezende partij veroordeeld € 2.559,34 aan proceskosten te betalen. Na de inwerkingtreding van art. 1019h Rv ligt in Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 30 maart 2009, *B9 7758 (Ezendam/Lommers)* de proceskostenveroordeling op € 25.461,98. Ervan uitgaande dat de verliezende partij aan de eigen rechtsbijstand ongeveer even veel kwijt was, heeft dit kort geding haar ruim € 50.000 gekost.

59 D. Harhoff, *Economic cost-benefit analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System*. München 2009, p. 31 (tabel 4.6), te raadplegen via <www.ec.europa.eu/internal_market> door te zoeken op titel.

60 Th.C.J.A. van Engelen, 'Intellectueel kapitaal in de rechtspraak: 2007 onder de loep', *IER* 2008, 48. Geraadpleegd via <www.kluwer.nl/png/UKB> (abonnement vereist). Van Engelen geeft een verlieskans van 55% voor octrooizaken in eerste aanleg. Hij baseert zijn onderzoeksresultaat op het aantal gewonnen, verloren en onbesliste zaken uit het jaar 2007.

van een octrooirecht een kostbare zaak.⁶¹ Het is hierdoor een intellectueel eigendomsrecht dat niet voor iedereen toegankelijk is.⁶² Of dat een goede zaak is, laat ik in het midden, maar uit de gesprekken volgde dat de gemiddelde cliënt van een octrooiadvocaat niet echt met de proceskosten bezig is. ‘De economische waarde van hun octrooien en het potentiële verlies als de investeringen teniet gaan, is vele malen groter dan de proceskosten die bij handhaving komen kijken’, wist een advocaat mij te vertellen.

Toch zie ik gevaar voor het billijkheidsdoel van artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Het is naar mijn mening namelijk niet onrealistisch om te stellen dat kleinere (minder vermogende) partijen afzien van het starten van of betrokken raken in gerechtelijke procedures als gevolg van het toegenomen procesrisico. In welke mate dit een reëel gevaar vormt voor het recht op toegang tot de rechter voor minder vermogende partijen is echter lastig te concretiseren. Met de wetenschap dat het een oplossing is voor een (nog) niet concreet probleem, zou naar mijn mening dit gevaar worden verkleind als men voor octrooizaken indicatietarieven zou invoeren (net als bij de overige IE-zaken). Geen van de door mij geïnterviewde octrooiadvocaten vond dit echter een goed idee. Het meest gehoorde tegenargument was dat het octrooirecht als een zeer specialistische niche van het IE-recht moet worden beschouwd. Categoriëring van de advocaatkosten zou in dit complexe vakgebied niet wenselijk zijn.

12.3.6 *Tussenconclusie*

Artikel 1019h Rv creëert voor de winnende partij in een IE-zaak de mogelijkheid om de redelijke en evenredige proceskosten vergoed te krijgen van de wederpartij. Dit kan betekenen dat de verliezende partij in de volledige proceskosten wordt veroordeeld. De bepaling is in lijn met artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn. Met de Indicatietarieven is er weliswaar een hek om de vergoeding van advocaatkosten geplaatst, maar de poort van dit hek staat open; er is uitdrukkelijk bepaald dat een rechter zich niet aan de

61 In 2005 werd door de *European Patent Office* (EPO) de gemiddelde prijs van een ‘typisch’ Europees octrooi geschat op € 32.000. Die schatting kan inmiddels naar beneden worden bijgesteld, omdat sinds mei 2008 als gevolg van nieuwe regelgeving minder vertalingen nodig zijn voor een Europees octrooi. Het verkrijgen van een octrooi vergt echter nog steeds veel geld en tijd.

62 70% van alle octrooiaanvragen in Nederland is afkomstig van grote bedrijven. Slechts 14% is afkomstig van het MKB. Zie R. van der Poel, M. Seip & J. Snoei, *Octrooien in Nederland. Analyse van de innovatiekracht in regio's sectoren en grootteklassen, Onderzoek van de EIM en het Agentschap NL-divisie Octrooiencentrum*, raadpleegbaar via <www.ondernemerschap.nl> door bij ‘publicaties’ te zoeken op auteur.

Indicatietarieven hoeft te houden. Deze tarieven zijn niet van toepassing op octrooizaken. De kosten, het procesrisico en de onvoorspelbaarheid van de proceskosten liggen in dit rechtsgebied veel hoger. Onder meer de specialistische aard van het octrooirecht is hier oorzaak van. Uit de gesprekken met advocaten kwam naar voren dat het preventiedoel van artikel 14 Handhavingsrichtlijn effect sorteert in de rechtspraktijk. Het toegenomen procesrisico speelt een rol bij het beginnen van, dan wel het laten aankomen op een procedure. Men zal zwakke zaken sneller proberen buiten rechte op te lossen als dit financieel aantrekkelijker is. De keerzijde is dat de toegang tot het recht belemmerd wordt voor minder vermogende partijen. Deze zouden immers alleen al vanwege het hoge procesrisico kunnen afzien van een procedure, dan wel sneller bereid zijn te schikken. Vooral in het octrooirecht acht ik dit een reëel gevaar.

12.4 Implementatie in België, Duitsland en Engeland

Artikel 14 Handhavingsrichtlijn kan worden beschouwd als een uitwerking van de *indemnity costs rule*. Dit beginsel wordt in iedere lidstaat erkend, maar op verschillende wijzen geïnterpreteerd. Achtereenvolgens zullen de relevante regels worden besproken van de Belgische, Duitse en Engelse jurisdictie.

12.4.1 België

De Belgische civiele procedure kende een aparte variant van de *indemnity costs rule*. In artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.) wordt bepaald dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure wordt veroordeeld.⁶³ Van een volledige proceskostenveroordeling kon men vóór 1 januari 2008 echter niet spreken. De Belgische interpretatie van het indemnisiestelsel vertoonde zelfs trekjes van het compensatiestelsel. Geruime tijd kwam het honorarium van de advocaat niet voor vergoeding in aanmerking. Voor deze kosten dienden partijen zelf op te draaien. Wel kon de winnende partij een vergoeding krijgen voor de handelingen van een advocaat. Deze zogenaamde rechtsplegingsvergoeding werd berekend aan de hand van een vast en beperkt tarief, dat afhankelijk was van verschillende factoren. Dit resulteerde meestal in een kostenvergoeding die niet of nauwelijks in de buurt kwam van de werkelijke proceskosten die de in het

⁶³ Art. 1018 Ger. W. geeft een niet-limitatieve opsomming van wat onder de noemer proceskosten valt.

gelijk gestelde partij had gemaakt. In het Gerechtelijk Wetboek werd het partijen uitdrukkelijk verboden hiervan bij overeenkomst af te wijken.⁶⁴

Sinds 1 januari 2008 is er wel een systeem voor de vergoeding van advocaatkosten. Door een arrest van het Hof van Cassatie⁶⁵ zag de Belgische wetgever zich genoodzaakt de rechtsplegingsvergoeding aan te passen naar een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en het honorarium van de advocaat.⁶⁶ Bij de begroting van de advocaatkosten dient een Belgische rechter zich te houden aan forfaitaire bedragen die bij Koninklijk Besluit zijn vastgesteld.⁶⁷ Voor geldvorderingen bestaat er een schema. Dit kent verschillende categorieën (dertien in totaal) die gebonden zijn aan de hoogte van de vordering. Voor elke vorderingscategorie geldt een minimum-, basis- en maximumbedrag aan rechtsplegingsvergoeding. Het absolute maximumbedrag ligt thans op € 30.000 (bij een geldvordering boven de € 1 miljoen). De rechter kent in beginsel het basisbedrag toe als rechtsplegingsvergoeding. Bij een niet in geld waardeerbare vordering (veelal het geval bij IE-zaken) is het minimumbedrag € 75, het basisbedrag € 1.200 en ligt het plafond van de rechtsplegingsvergoeding op € 10.000. Afwijken van het basisbedrag – zowel omhoog als omlaag – mag de rechter alleen als een van de partijen het basisbedrag betwist en slechts op grond van de financiële draagkracht van de verliezende partij (ter vermindering van de vergoeding), de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij (boeteclausules), of het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

In België heeft het lang geduurd voordat advocaatkosten ook voor vergoeding in aanmerking kwamen.⁶⁸ Men vreesde dat het een te grote

64 Zie J. Laenens, K. Broeckx & D. Scheers, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 431-438.

65 Cass. 2 september 2004, *Rechtskundig Weekblad* 2004-05, 535. Ook te raadplegen op <www.juridat.be> onder rolnummer C010186F (klik op het kopje 'Rechtspraak' en type het rolnummer in het toepasselijke vakje in het zoekscherm).

66 Wet betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, zie <www.juridat.be> onder dossiernummer 2007-04-21/85 (klik op het kopje Belgische wetgeving en type het dossiernummer in het toepasselijke vakje in het zoekscherm).

67 Het Koninklijk Besluit en het forfaitaire vergoedingsschema is te raadplegen via <www.juridat.be> onder dossiernummer 2007-10-26/35 (klik op het kopje Belgische wetgeving en type het dossiernummer in het toepasselijke vakje in het zoekscherm).

68 Voor een uitgebreid overzicht van de discussie voorafgaand aan de wijziging van de rechtsplegingsvergoeding zie H. Lamon, 'Verhaalbaarheid advocaatkosten', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2007, nr. 163, p. 434-442.

belemmering zou vormen voor de toegang tot de rechter. Er is echter wel een duidelijke rem geplaatst op de proceskostenveroordeling. Tot vergoeding van de werkelijke advocaatkosten zal België wellicht nooit overgaan.⁶⁹ Of het huidige systeem van de rechtsplegingsvergoeding overeenstemt met hetgeen door de Europese wetgever met de richtlijnbeplating werd beoogd, is discutabel. Omzetting van artikel 14 Handhavingsrichtlijn in nationale wetgeving werd door de Belgische wetgever niet nodig bevonden. Met de aanpassing van de rechtsplegingsvergoeding meende hij reeds voldoende maatregelen te hebben genomen.⁷⁰ Het huidige Belgische forfaitaire stelsel laat een vergoeding van de werkelijke kosten echter niet toe als deze boven het desbetreffende maximumbedrag komt.⁷¹

Sterker nog, rechters houden zich bij de vaststelling van de rechtsplegingsvergoeding doorgaans aan het basisbedrag.⁷² Zo werd door het hof van beroep te Brussel een direct beroep op artikel 14 Handhavingsrichtlijn en de complexiteit van de zaak niet gehonoreerd, waardoor de winnende partij in plaats van de gevorderde € 10.000 ‘slechts’ het basisbedrag van € 1.200 toegewezen kreeg.⁷³ Door de overheid is eigenlijk op voorhand invulling gegeven aan het redelijkheids- en evenredigheids criterium van artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Meer toekennen dan het forfaitaire maximumbedrag is wettelijk niet toegestaan en de basisbedragen staan vooral in IE-zaken niet in verhouding tot de werkelijke (advocaat)kosten. Daarom kom ik tot de conclusie dat het billijkheidsdoel van de richtlijnbeplating in België niet wordt verwezenlijkt. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de preventieve werking van de naar mijn mening vrij bescheiden forfaitaire bedragen. Het Belgische systeem ten aanzien van de rechtsplegingsvergoeding is mijns inziens dan ook niet in lijn met het proceskostenregime dat de Europese wetgever heeft beoogd voor IE-zaken.

69 De traditionele Belgische terughoudendheid m.b.t. de vergoeding van het ereloon wordt treffend geïllustreerd in art. 446ter Ger. W. (eerste zin): ‘De advocaten begroten hun ereloon met de bescheidenheid die van hun functie moet worden verwacht.’

70 J. Deene, ‘Intellectuele rechten kroniek 2006’, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2007, nr. 165, p. 530-559.

71 Zie de laatste zin art. 1022 Ger. W.: ‘Geen partij kan boven het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding worden aangesproken tot een betaling van een vergoeding voor de tussenkomst van de advocaat van een andere partij.’

72 J. Deene, ‘Intellectuele rechten kroniek 2008’, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009, nr. 205, p. 518-547.

73 Brussel (8^ek) 31 maart 2009, 2008/AR/1577. Ook te raadplegen via <www.boek9.nl> onder B9 nummer 7833.

12.4.2 Duitsland

De *indemnity costs rule* is in het Duitse recht terug te vinden in artikel 91 lid 1 van de *Zivilprozessordnung* (ZPO). De verliezende partij vergoedt in beginsel de proceskosten van de winnende partij. In Duitsland wordt de hoogte van de vergoeding bepaald door het (financiële) belang van de zaak. Dit wordt aangeduid met het algemene begrip *Streitwert*.⁷⁴ Voor bepaalde geschillen, zoals huurgeschillen (art. 8 ZPO), is expliciet omschreven hoe dit belang dient te worden bepaald. Dit is niet het geval voor de inbreuk op rechten, omdat daar de *Streitwert* vaak niet eenvoudig valt te bepalen. Zo zal in een octrooizaak de financiële waarde van het octrooi hoger worden ingeschat door de houder van het recht, dan door de vermeende inbreukpleger. In dergelijke gevallen heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om de *Streitwert* vast te stellen op grond van het door partijen aangedragen bewijs of door middel van een deskundigenonderzoek.⁷⁵

De advocaatkosten worden sinds 1 juli 2004 begroot volgens het *Rechts-anwaltsvergütungsgesetz* (RVG).⁷⁶ In deze wet wordt de vergoeding van alle (buiten)gerechtelijke kosten van de advocaat geregeld. Het financiële belang van de zaak (de *Streitwert*) wordt in het RVG omschreven als *Gegenstandswert*. Dit heeft directe invloed op de advocaatkosten. Een hoger financieel belang betekent een hogere *Gebühr* (basistarief).⁷⁷ De limiet van de *Gegenstandswert* is vastgesteld op € 30.000.000.⁷⁸ Bij het RVG is in de bijlage een uitgebreid tarievenschema opgenomen, het zogeheten *Vergütungsverzeichnis* (VV). Hierin vindt men de van overheidswege vastgestelde tarieven voor concrete handelingen van de advocaat. De advocaatkosten die betrekking hebben op de gerechtelijke procedure kunnen hoofdzakelijk in drie categorieën worden onderverdeeld.⁷⁹ De *Verfahrensgebühr* is het tarief voor proceshandelingen voorafgaand aan de terechtzitting (zoals het opstellen van processtukken). De *Terminsgebühr* is het tarief voor

74 M. Reimann & J. Zekoll, *Introduction to German Law*, The Hague: Kluwer Law International 2005, p. 377; M. Wendler, B. Tremml & B. Buecker (red.), *Key aspects of German Business Law: A Practical Manual*, Berlin: Springer 2008, p. 339-349.

75 Art. 3 ZPO.

76 Andere kosten (zoals griffierechten) worden geregeld in o.a. het *Gerichtskosten-gesetz* (GKG).

77 Zie art. 13 lid 1 en bijlage 2 van het RVG voor de *Gegenstandswert* en het bijbehorende basistarief.

78 Zie art. 22 RVG.

79 De omschrijving en waarde van de verschillende proceshandelingen staan vermeld in bijlage 1 van het RVG. Voor een actuele versie van het RVG kan <www.bundesrecht.juris.de/rvg> geraadpleegd worden.

procesvertegenwoordiging bij zittingen (zoals een deskundigenverhoor) of schikkingsonderhandelingen met de wederpartij. De *Einigungsgebühr* is het tarief als een schikking wordt getroffen nadat het geding aanhangig is gemaakt. Deze drie typen kosten vallen onder het begrip *Wertgebühren* (art. 13 RVG).

Daarnaast kent het RVG ook een ander type kosten: de *Rahmengebühren*. Bij dit type advocaatkosten is een bepaald minimum en maximum vermeld in het VV. De advocaat mag bij dit type kosten zelf zijn honorarium bepalen, maar dient zich wel aan de wettelijke onder- en bovengrens te houden (art. 14 RVG). Tenzij de wet anders bepaalt, mogen de in het RVG (en VV) omschreven proceshandelingen slechts één keer in rekening worden gebracht door de advocaat (art. 15 lid 2 RVG).⁸⁰ In de rechterlijke uitspraak over de proceskosten wordt alleen een kostenverdeling gegeven. In een aparte procedure wordt door een zogenaamde *Rechtspfleger* de precieze kosten vastgesteld die volgens de kostenverdeling moeten worden betaald.⁸¹

Duitsland hanteert al geruime tijd het zojuist uiteengezette *Streitwert*-systeem. Het systeem is opgezet om de kwaliteit van en toegang tot het recht zo goed mogelijk te waarborgen en slaagt hier over het algemeen in. Het Duitse systeem maakt een nauwkeurige inschatting van de kosten per individueel geval mogelijk. Omzetting van artikel 14 Handhavingsrichtlijn werd door de Duitse wetgever onnodig geacht, omdat de nationale wet op het gebied van de proceskostenveroordeling al voldeed aan de richtlijnvereisten. Men kan vraagtekens zetten bij het Duitse standpunt. De advocaatkosten worden door de overheid vastgesteld, waardoor het criterium van redelijkheid en evenredigheid niet meer echt ter zake doet. Dit is namelijk al ingevuld door de overheid. Is dit de situatie die de Europese wetgever met artikel 14 Handhavingsrichtlijn heeft getracht te bereiken? Naar mijn mening is dat niet het geval. Weliswaar mogen cliënt en advocaat een hoger tarief overeenkomen, maar dit is weer niet verhaalbaar op de wederpartij. Alleen de in het RVG vastgestelde tarieven kunnen in het Duitse recht als proceskosten door de rechter worden toegewezen.⁸² Gezien het feit dat IE-zaken over het algemeen een hoge(re) mate van complexiteit kennen en specialistische kennis vergen, is het goed denkbaar dat advocaten dergelijke

80 Indien er bijvoorbeeld meerdere schikkingsonderhandelingen worden gevoerd, kan de advocaat slechts één keer het tarief voor afspraken met derden vragen. Zie ook S. Sandrock, 'Principles of the Legal Regulation of Attorney Fees', in: M. Wendler, B. Tremml & B. Buecker (red.), *Key Aspects of German Business Law: A Practical Manual*, Berlin: Springer 2008, p. 339-349.

81 Zie art. 103-107 ZPO en art. 21 *Rechtspflegengesetz*.

82 Zie art. 91 ZPO.

zaken alleen tegen hogere tarieven aannemen, omdat de wettelijke vergoedingen niet toereikend worden bevonden. Bij winst worden echter alleen de wettelijke tarieven vergoed, terwijl de werkelijke advocaatkosten in een dergelijke situatie hoger zijn. In een dergelijk geval zal de winnende partij de (redelijke en evenredige) werkelijke kosten dus niet volledig vergoed krijgen. In hoeverre dit bij IE-zaken echt een probleem is in Duitsland is moeilijk te zeggen. In de literatuur heb ik hierover geen aanwijzingen kunnen vinden.

12.4.3 Engeland

De *indemnity costs rule* – ook wel bekend als de *basic cost-shifting rule* – is de algemene regel bij het verdelen van de proceskosten in het Engelse recht.⁸³ De belangrijkste bepalingen omtrent de proceskosten staan in de *Civil Procedure Rules* (CPR) in *rule* 43 tot en met 48 en de toelichting hierop in de *Practice Directions* (PD).⁸⁴ In een civiele procedure stelt de Engelse rechter de verdeling van de kosten vast in één of meer *costs orders*.⁸⁵ In principe hanteert hij hierbij de eerdergenoemde algemene regel (*loser pays*), met uitzondering van de kosten die om onredelijke gronden zijn opgelopen of kosten die onredelijk hoog zijn (CPR 44.3 en 44.4).⁸⁶ De Engelse rechter heeft echter een grote discretionaire bevoegdheid om van deze basisregel af te wijken.⁸⁷

Om te beginnen dient de Engelse rechter het zogenaamde *overriding objective* na te streven bij het interpreteren van de CPR en het uitoefenen van

83 Eveneens geldend recht in Wales.

84 De meest up-to-date versie van de *Civil Procedure Rules* (CPR) en *Practice Directions* 43-48 (de *Costs Practice Direction*) is te raadplegen via <www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin> onder het kopje *Rules & Practice Directions*.

85 In het Engelse recht bestaan er op basis van o.a. het geclaimde bedrag, complexiteit, het aantal partijen en het benodigde bewijs verschillende civiele procedures: de *small claims track*, de *fast-track* en de *multi-track* procedures (zie CPR 26.1 e.v.). Gezien het grote financiële belang en de hoge(re) mate van complexiteit van IE-zaken, valt dit type rechtszaken vrijwel altijd onder de *multi-track litigation*, wat o.a. inhoudt dat er geen statutaire limieten gelden voor de vergoedbare advocaatkosten.

86 In CPR 44.4 wordt een onderscheid gemaakt tussen *standard costs* en *indemnity costs*. Bij *indemnity costs* veroordeelt de rechter een partij tot het betalen van kosten die het gevolg zijn van onwenselijke processueel gedrag (bijvoorbeeld het weigeren van een schikkingsvoorstel).

87 Deze discretionaire bevoegdheid valt onder meer af te leiden uit CPR 44.3 lid 1 en lid 2 onder b. Zie ook N. Andrews, *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 825-829.

bevoegdheden (CPR 1.2 e.v.). Dit beginsel houdt in dat de rechter zich als een soort *case-manager* dient op te stellen die zaken zo snel en efficiënt mogelijk dient af te handelen.⁸⁸ Daarnaast worden in de CPR enkele specifieke omstandigheden geschetst die een rol spelen bij het toewijzen van de kosten. Relevante omstandigheden zijn het gedrag van de procespartijen, het financiële belang dat met de zaak is gemoeid, het partijenbelang, de complexiteit van de zaak, de vaardigheid en specialistische kennis die nodig zijn voor de zaak, of de tijd die in de zaak gestoken is.⁸⁹

Als partijen het niet eens zijn met de *costs order* van de rechter (wat vaak het geval is), dan vervolgt het inhoudelijke debat over de proceskosten zich in de *detailed assessment*. In deze aparte procedure wordt naar aanleiding van de *costs orders* door een *costs judge* bepaald of de door partijen aangevoerde kosten redelijk zijn. Over het algemeen vindt de *detailed assessment* plaats na het eindvonnis van de rechter in de hoofdzaak (CPR 43.4 en 47).⁹⁰ De *detailed assessment* is een lange procedure, die ook nog eens verder opgerekt kan worden omdat partijen in beroep kunnen gaan tegen de uitspraak van de *costs judge*. De toepassing van de regels en het procederen over de proceskosten is een specialisme op zichzelf geworden. Naast *solicitors* en *barristers* kent de Engelse procesadvocatuur sinds 2007 ook de *costs lawyer*.⁹¹

Al geruime tijd staat de Engelse civiele procedure bekend als een langdurige en zeer kostbare onderneming. Met de grootscheepse hervorming van het Engelse burgerlijk procesrecht in 1998, werd gepoogd in deze situatie verandering aan te brengen en de toegang tot het recht beter te waarborgen.⁹² De negatieve aspecten van de Engelse civiele procedure zijn echter nog steeds

88 Zie CPR 1.4 voor de praktische invulling van de *overriding objective*.

89 Zie CPR 44.5 en bijbehorende PD voor een volledige opsomming en toelichting.

90 Partijen kunnen ook op een eerder moment in de zaak vragen om een vaststelling van de kosten door middel van de *summary assessment*, maar een rechter kan dit verzoek afwijzen (zie CPR 43.3 en bijbehorende PD).

91 Dit is een *law costs draftsman* die een beroepsopleiding heeft afgerond bij de *Association of Law Costs Draftsmen*. De *costs lawyer* heeft *rights of audience* (procesbevoegdheid) in alle geschillen die betrekking hebben op proceskosten. Zie <www.opsi.gov.uk/si/si2006/20063333.htm>.

92 De kritiek op en de hervorming van de Engelse civiele procedure kent een lange historie, zie o.a. Lord Woolfe, *Access to Justice, Final Report*, <www.dca.gov.uk/civil/final>. Dit belangrijke en uitgebreide onderzoeksrapport uit 1996 was de basis voor de totstandkoming van de CPR in 1998. In 2009 is een nieuw onderzoeksrapport verschenen: Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, zie <www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/cost-review/reports.htm>. In dit rapport zijn verschillende oplossingen aangedragen voor de kostenproblematiek van de Engelse civiele procedure.

aanwezig en op sommige vlakken zelfs versterkt. Vooral de hoge proceskosten in IE-zaken – met name bij octrooizaken – zijn zorgwekkend.⁹³ Hiervoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Door de uitgebreide *disclosure* fase lopen de kosten vóór de terechtzitting al behoorlijk op.⁹⁴ Ook het onderscheid in de Engelse advocatuur tussen *solicitors* en *bar-risters* (en nu ook *costs lawyers*) draagt bij aan de kosten. Zij hebben allen specifieke bevoegdheden en vaardigheden. Complexe zaken vereisen vaak de betrokkenheid van meerdere ‘soorten’ advocaten, waardoor de kosten verder omhoog gestuwd worden. Daarnaast wordt in de Engelse advocatuur vaak gewerkt op basis van een *conditional fee agreement* (CFA).⁹⁵ Bij een CFA wordt vaak een *success fee* afgesproken met de cliënt. Dit is meestal een percentage waarmee de advocaatkosten worden verhoogd (CPR 48.9).⁹⁶ Door de *success fee* kan het bedrag aan advocaatkosten schrikbarend toenemen indien de verliezende partij wordt veroordeeld in deze kosten. Vooral in IE-zaken kan dit leiden tot exorbitante bedragen.⁹⁷ De in 1998 ingezette hervormingen hebben op het gebied van kostenvermindering (nog) niet hun vruchten afgeworpen. Sterker nog, *in hindsight* hebben ze zelfs geleid tot de creatie van een nieuwe beroepsgroep – de *costs lawyer* – en het aparte verschijnsel dat het procederen om de proceskosten soms meer tijd en geld kost dan de oorspronkelijke procedure.

93 Zo stelde de CIPA (*The Chartered Institute of Patent Attorneys*) begin 2009 dat de hoge kosten in octrooizaken niet alleen *small and medium enterprises* (SME) ervan weerhouden om hun octrooirecht te handhaven, maar zelfs ervoor kunnen zorgen dat men er vanaf ziet om überhaupt een octrooi aan te vragen, zie <www.cipa.org.uk/download_files/Civil_Litigation_Costs_Review.pdf>, § 13 en 14.

94 De Engelse civiele procedure kent vooral bij complexe zaken (*multi track*) een uitgebreide preprocesuele fase waarin de partijen bewijs vergaren en aan elkaar openbaren (de *disclosure*). Onder meer door alle schriftelijke en elektronische informatie die van belang is voor de zaak aan elkaar te overhandigen.

95 Zie art. 27 *Access to Justice Act 1999*. Te denken valt aan een *no win, no fee* overeenkomst.

96 Deze mag tot 100% van het normale honorarium bedragen. Zie art. 4 *Conditional Fee Agreements Order 1998*. Zie PD 11.9 bij CPR 44.5 over beoordeling van een *success fee*.

97 Zo kreeg de octrooizaak *Research In Motion UK Ltd v. Visto Corporation*, [2008] EHC 819 (Pat) veel publiciteit door de hoge proceskosten. In deze zaak had de eisende partij in totaal 6 miljoen Britse pond aan proceskosten opgevoerd (5,18 miljoen aan advocaatkosten), terwijl de gedaagde ‘slechts’ 1,6 miljoen Britse pond aan proceskosten had (waarvan overigens 1 miljoen aan advocaatkosten). De rechter achtte een groot deel van de kosten van de eiser disproportioneel, omdat er zeer veel manuren waren besteed aan een verhoudingsgewijs korte en niet gecompliceerde procedure (overwegingen 19-24 zijn zeer lezenswaardig). Bovendien had de zaak voor eiser (naar eigen zeggen) geen significante commerciële waarde.

In het licht van de zojuist geschetste situatie is de Engelse regeling niet in overeenstemming met de proceskostenveroordeling zoals bedoeld in artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Wie in Engeland veroordeeld wordt in de proceskosten, zal een bedrag moeten betalen dat voor een substantieel deel bestaat uit de *success fee* van de advocaten van de wederpartij. Een dergelijke kostenpost is mijns inziens niet aan te merken als redelijk en evenredig zoals bedoeld in artikel 14 Handhavingsrichtlijn. Het is immers een extra beloning voor de advocaat omdat deze een bepaald kostenrisico heeft genomen. Daar het billijkheidsdoel alleen kan worden bereikt als aan het redelijkheids- en evenredigheids criterium is voldaan, dient te worden vastgesteld dat dit doel niet wordt verwezenlijkt in het Engelse systeem. Daarnaast is de complexe en kostbare aard van de Engelse regels omtrent de proceskosten naar mijn mening niet in lijn met de algemene verplichting uit artikel 3 Handhavingsrichtlijn. Deze verplichting houdt onder meer in dat de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn. De signalen uit de praktijk wijzen echter op het tegenovergestelde. De huidige situatie wordt dan ook door velen bekritiseerd. Er wordt gevreesd dat de hoge kosten handhaving van het IE-recht alleen mogelijk maakt voor grote vermogende partijen. Kleinere partijen zullen hierdoor minder snel procederen en/of sneller schikken.⁹⁸

12.5 Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht wat de Europese wetgever heeft beoogd met artikel 14 Handhavingsrichtlijn en of deze doelen zijn verwezenlijkt. Kort gezegd: hoe raak is de richtlijnbeplanning? Op deze vraag is op nationaal (Nederlands) niveau getracht een antwoord te vinden. Daarnaast is de relevante regelgeving in België, Duitsland en Engeland nader beschouwd. Uit de analyse van artikel 14 Handhavingsrichtlijn zijn drie doelen naar voren gekomen, te weten het harmonisatie-, billijkheids-, en preventiedoel. In de landen die besproken zijn, werd de *indemnity costs rule* al op verschillenden wijzen geïnterpreteerd. Het feit dat de richtlijnbeplanning steunt op open normen als redelijkheid, evenredigheid en billijkheid heeft de verschillen tussen de proceskostenregimes niet doen afnemen.

⁹⁸ Bijvoorbeeld M. Burdon, 'The UK: Can a High-Cost Country Change Its Way?', *WIPO Magazine* 2010 (februari), geraadpleegd via <www.wipo.int>. Zie ook Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, geraadpleegd via <www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/cost-review/reports.htm>. Een tegengeluid is te vinden in: S. Thambisetty, 'Patent litigation in the United Kingdom: solutions in search of a problem?', *European Intellectual Property Review* 2010, 32(5), p. 238-246, geraadpleegd via <www.westlaw.com>.

In Nederland wordt de verliezende partij in beginsel veroordeeld in de proceskosten, maar voor de berekening van de advocaatkosten wordt vrijwel altijd het liquidatietarief gebruikt. Naar aanleiding van de Handhavingsrichtlijn is voor IE-zaken een uitzondering gemaakt. Bij dergelijke zaken kan de verliezende partij in de (redelijke en evenredige) werkelijke kosten worden veroordeeld, waarbij de Indicatie-tarieven als richtlijn gelden voor de advocaatkosten. Deze Indicatie-tarieven gelden echter niet voor octrooizaken. In België heerst een forfaitair proceskostenregime waarbij in een Koninklijk Besluit is vastgelegd welk bedrag de winnende partij als rechtsplegingsvergoeding krijgt toegewezen. In Duitsland worden de proceskosten berekend volgens het *Streitwert*-stelsel, waarin de overheid de hoogte van de tarieven bepaalt. De advocaatkosten worden aan de hand van een vergoedingsschema's in een aparte wet (het RVG) begroot. In Engeland wordt de verliezende partij in principe veroordeeld in de proceskosten, maar kent de rechter een grote discretionaire bevoegdheid om van dit beginsel af te wijken. In een aparte procedure (de *detailed assesment*) wordt geprocedeerd over de verdeling en hoogte van de proceskosten.

De uiteenlopende uitwerkingen in deze vier landen leiden allereerst tot de conclusie dat het harmonisatiedoel niet is bereikt. Er is in de praktijk geen sprake van een *level playing field*. Met betrekking tot het billijkheidsdoel en het preventiedoel van artikel 14 Handhavingsrichtlijn zijn de resultaten wisselend. In Nederland worden door een apart kostenregime voor IE-zaken het billijkheidsdoel en het preventiedoel (grotendeels) verwezenlijkt. Voor het Duitse *Streitwert*-stelsel geldt hetzelfde, hoewel er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het feit dat alleen de van overheidswege vastgestelde tarieven voor vergoeding in aanmerking komen. Dit kan in theorie tot onbillijke situaties leiden. Met het Belgische forfaitaire systeem van de rechtsplegingsvergoeding wordt naar mijn mening een onbillijke invulling gegeven aan het redelijkheids- en evenredigheids criterium van de richtlijn-bepaling. De toegekende rechtsplegingsvergoedingen staan in IE-zaken niet in verhouding tot de werkelijk gemaakte (advocaat)kosten. In Engeland zien we een omgekeerde situatie. Daar lopen de proceskosten dermate hoog op dat het recht op toegang tot de rechter ernstig wordt bedreigd.

Een oorzaak van de verschillen tussen de besproken landen ligt in het gebruik van open normen in de richtlijn-bepaling. Dit schept ruimte voor lidstaten om zelf het redelijkheids- en evenredigheids criterium in te vullen door middel van wettelijke tarieven, forfaitaire stelsels, of al dan niet dwingende indicatie-tarieven. De wijze waarop dit is gedaan, is mijns inziens niet overal in lijn met de billijkheid en preventie die met de richtlijn-bepaling is beoogd. Tevens is het recht op toegang tot de rechter een oorzaak van de verschillen.

Alle besproken lidstaten kennen (en kenden) een proceskostenregime dat gebaseerd is op de *indemnity costs rule*. Ieder land past deze regel echter op verschillende wijzen toe, waarbij de opvatting over het waarborgen van de toegang tot de rechter een belangrijke rol invloed heeft. Het is de vraag of dit door het Europese Parlement zou zijn geaccepteerd, maar om echte uniformiteit te bereiken had de Commissie moeten kiezen voor een meer precieze formulering of wellicht een ander wetgevingsinstrument. Het gevolg is dat de richtlijnbeplating niet overal en in alle opzichten even raak is. Naar aanleiding van mijn bevindingen dringt zich de vervolgvraag op of de Belgische en Engelse regelgeving wel richtlijnconform is en wat de consequenties zijn indien dat niet het geval is. Wellicht een onderwerp voor een volgend onderzoek?

XIII Beslaglegging als remedie

A.N.L. de Hoogh

Het conservatoir beslag wordt aangemerkt als een ingrijpend middel. Desalniettemin is het een in de rechtspraak veelvuldig – wellicht wel iets te veelvuldig – gebruikt middel. Zou het conservatoir beslag niet een te rake remedie zijn, nu het als pressiemiddel kan worden gebruikt? In deze bijdrage wordt de vraag beantwoord waarom het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt en welke aanpassingen nodig zijn om dergelijk gebruik in te perken. Zo blijkt een discrepantie te bestaan tussen het eenvoudig te verkrijgen verlot en de bij de beslagen schuldenaar liggende ‘bewijslast’ in het opheffingskortgeding. Deze discrepantie gecombineerd met het mogelijk onvoldoende tegenwicht bieden van de aansprakelijkheid van de beslaglegger leiden ertoe dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt. Om het stelsel en de werkwijze te verbeteren, dienen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar in evenwicht te worden gebracht en dient bewuster gebruik te worden gemaakt van het conservatoir beslag. Deze bijdrage behandelt een aantal stimulansen die gezamenlijk moeten leiden tot een bewuster gebruik. Daarnaast pleit deze bijdrage voor meer nadruk op de gegrondheid van de vordering bij de verlening van het verlot.

13.1 Inleiding

Het conservatoir beslag wordt aangemerkt als een zeer ingrijpend middel,¹ waarbij de beslagen schuldenaar ernstig in zijn beschikkingsrecht wordt beperkt.² Het is een machtig ‘wapen’ in handen van de schuldeiser, waarbij misbruik of oneigenlijk gebruik zo veel mogelijk moet worden voorkomen. Hiervoor dient in het stelsel van het conservatoir beslag een juist evenwicht te zijn tussen enerzijds de gerechtvaardigde belangen van de schuldeiser om zijn verhaal veilig te stellen en anderzijds de vaak ingrijpende gevolgen van een beslag voor de schuldenaar.³ Het is de vraag of daar in Nederland sprake van is, aangezien ons land zowel nationaal als internationaal het

- 1 L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 640.
- 2 M. Jansen, ‘De positie van de beslaglegger en de beslagene bij opheffing van conservatoir beslag; de Hoge Raad blijft zoekende’, *Praktisch Procederen* 2008-1, p. 4.
- 3 A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 41.

(schuldeisersvriendelijke) imago heeft dat het verlot tot het leggen van conservatoir beslag (te) snel kan worden verkregen. Ook in de literatuur is het conservatoir beslag een steeds meer besproken onderwerp. Het conservatoir beslag zou zijn doel voorbijschieten doordat het stelsel het gebruik als pressiemiddel zou toelaten teneinde zekerheid, of liever nog: betaling, af te dwingen. Om die reden zou het tijd zijn voor herbezinning.⁴

Het conservatoir beslag in Nederland ligt derhalve onder vuur. Het kan in bepaalde omstandigheden een te rake remedie zijn, nu het conservatoir beslag voor een doeleinde kan worden gebruikt waarvoor het niet is bedoeld, het gebruik als pressiemiddel: het door de schuldeiser aanwenden van het conservatoir beslag teneinde het verkrijgen van een sterke onderhandelingspositie zodat druk op de schuldenaar kan worden uitgeoefend en deze wordt gedwongen tot voldoening van hetgeen door de schuldeiser is gevorderd. Gebruik van het conservatoir beslag als pressiemiddel leidt ertoe dat het conservatoir beslag zijn doel voorbijschiet en het de schuldenaar en andere schuldeisers van de schuldenaar kan benadelen.⁵ Een bijdrage over het conservatoir beslag mag hierom niet ontbreken in de bundel.

In het navolgende zal getracht worden een bijdrage te leveren aan de discussie omtrent het gebruik van het conservatoir beslag als pressiemiddel.⁶ Het doel hierbij is het blootleggen van de huidige oorzaken die ertoe leiden dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt. Daarnaast wordt onderzocht hoe dergelijk gebruik in de toekomst zo veel als mogelijk kan worden ingeperkt. Hiervoor is onder meer rechtsvergelijkend onderzoek verricht. Uiteindelijk dient deze bijdrage inzichtelijk te maken hoe het huidige Nederlandse stelsel kan worden verbeterd. De probleemstelling luidt:

4 J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvariaties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 28.

5 Zie § 13.2.2.

6 De uitdaging voor het schrijven van deze bijdrage was dat niet eerder een uiteenzetting is geschreven over het gebruik van het conservatoir beslag als pressiemiddel en welke veranderingen het stelsel al dan niet kunnen verbeteren. Echter, bij het afronden van de onderzoeksfase van deze bijdrage in mei 2010 verscheen halverwege diezelfde maand het Research Memorandum 'Conservatoir beslag in Nederland: zekerheid en pressiemiddel' van Meijsen en Jongbloed, dat deze problematiek op een zelfde wijze bespreekt. Benadrukt moet worden dat het onderzoek en het schrijven van deze bijdrage zelfstandig is verricht. Deze bijdrage onderscheidt zich onder andere van het memorandum door het uitgevoerde rechtsvergelijkend onderzoek.

Op welke manier dient het stelsel van het conservatoir beslag te worden afgesteld, zodat enerzijds de effectiviteit van het beslag zo veel als mogelijk behouden blijft en anderzijds het gebruik als pressiemiddel zo veel als mogelijk wordt ingeperkt?

Vooraf moet worden opgemerkt dat kwantitatieve getallen omtrent het aantal gevallen van het gebruik als pressiemiddel niet voorhanden zijn en dat het verrichten van onderzoek hiernaar (vrijwel) onmogelijk is. Kortom, niet duidelijk is hoe vaak en op welke schaal het conservatoir beslag als pressiemiddel wordt gebruikt. Het zijn de veronderstellingen in de literatuur die het uitgangspunt vormen van het feit dat het conservatoir beslag als pressiemiddel wordt gebruikt.

13.2 Conservatoir beslag

Een schuldeiser heeft een probleem wanneer een schuldenaar niet bereid is om de gepretendeerde vordering te voldoen. In Nederland kan een schuldeiser geen zekerheid vorderen, nu op de schuldenaar geen wettelijke verplichting rust tot het stellen van zekerheid.⁷ Wat de wet de schuldeiser wel te bieden heeft, is het stelsel van middelen tot bewaring van recht, te vinden in de vierde titel van het derde boek van Rechtsvordering.

13.2.1 Doel conservatoir beslag

De betekenis van titel 3.4 Rv is sinds de invoering in 1838 nimmer veranderd.⁸ Een middel tot bewaring van recht, ofwel conservatoir beslag, kan worden omschreven als:

‘Elk middel om te voorkomen dat een schuldenaar bepaalde aan hem toebehorende vermogensbestanddelen vervreemdt, bezwaart of wegmaakt, nog vóórdat de schuldeiser deze op grond van een executoriale titel door executie zal verkrijgen (executie tot afgifte of levering) of zich op die vermogensbestanddelen zal kunnen verhalen (verhaalsexecutie).’⁹

7 HR 13 februari 1998, NJ 1998, 479 r.o. 3.3 en HR 14 december 2001, NJ 2002, 45 r.o. 3.3.2.

8 M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 12.

9 M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 12.

In woorden van de Hoge Raad:

‘(...) naar zijn aard strekt een conservatoir beslag ertoe om te waarborgen dat, zo een vooralsnog niet vaststaande vordering in de hoofdzak wordt toegewezen, verhaal mogelijk zal zijn.’¹⁰

Kortom, het doel van het conservatoir beslag is het waarborgen van rechten.

Let wel, hiermee is het conservatoir beslag geen zekerheid in de zin van titel 3.9 BW (pand en hypotheek)¹¹ en wel om drietal redenen: beslag schept geen voorrang, is geen tweezijdige rechtshandeling¹² en brengt niet het recht van parate executie met zich mee. Het gevolg van beslag is dat het vermogensbestanddeel waarop beslag is gelegd, geblokkeerd wordt. Dit betekent dat de schuldenaar niet meer vrijelijk over de hem in eigendom toebehorende beslagen vermogensbestanddelen kan beschikken.¹³ Eventuele verrichte rechtshandelingen na beslaglegging kunnen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.¹⁴ Het beschikkingsrecht van de beslagen schuldenaar wordt als het ware verlamd. Zo bewerkstelligt het beslag dat het verhaals^{subject} veilig wordt gesteld alsmede dat de verhaals^{waarde} niet nadelig wordt beïnvloed.¹⁵

13.2.2 Conservatoir beslag als pressiemiddel

Dat het conservatoir beslag als pressiemiddel wordt gebruikt, wordt menigmaal in de literatuur onderkend.¹⁶ Het conservatoir beslag wordt door de schuldeiser als middel gebruikt teneinde de schuldenaar te dwingen tot snelle voldoening van de vordering dan wel tot het stellen van zekerheid. Met name het conservatoir derdenbeslag op bankrekeningen leent zich

10 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 r.o. 3.3 (MBO/De Ruitertij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders).

11 N.W.M. van den Heuvel, ‘Recht op zekerheid?’, *O&F* 2007, nr. 76, p. 2.

12 P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 347 en 348.

13 M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 250.

14 Zie bijvoorbeeld in geval van conservatoir derdenbeslag art. 720 jo. 475h Rv.

15 L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 251.

16 P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 347, J.L.R.A. Huydecoper, ‘Beslaan wij maar raak?’, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvarianties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 16, E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 232.

goed voor het uitoefenen van pressie,¹⁷ nu de beslagen schuldenaar niet vrijelijk over de frequent gebruikte bankrekening kan beschikken.

Dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt, kan *primair* worden verklaard door het blokkeringseffect. Zoals hierboven is vermeld, heeft het conservatoir beslag een verlamrende werking op het beschikkingsrecht van de schuldenaar. Dit leidt, logischerwijs, tot een fundamentele verandering in de onderhandelingspositie van de schuldeiser en de beslagen schuldenaar.¹⁸ De schuldenaar bevindt zich in een dwangpositie en ziet zich graag spoedig verlost van deze situatie. Dit kan worden bewerkstelligd door het voldoen van de vordering dan wel door het stellen van zekerheid, bijvoorbeeld met een bankgarantie (een toezegging van de bank dat een bepaald bedrag wordt uitgekeerd aan de begunstigde schuldeiser,¹⁹ ongeacht de solvabiliteit van de schuldenaar).²⁰

Een *secundaire* verklaring kan worden gevonden in de huidige afstelling van het stelsel, zijnde de verlening van het verlof,²¹ de opheffing van het conservatoir beslag²² en de aansprakelijkheid van de beslaglegger.²³ Het stelsel kan zodanig zijn afgesteld dat het uitnodigt tot gebruik als pressiemiddel.

Het feit dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt, levert een drietal onwenselijkheden op. Ten eerste schiet het conservatoir beslag zijn doel voorbij. Het conservatoir beslag heeft niet tot doel het verkrijgen van snelle betaling of het afdwingen van zekerheid en mag om deze reden ook niet met dat doel worden gebruikt.²⁴ Ten tweede kan de *paritas creditorum*²⁵ in het geding komen. Dit houdt in dat schuldeisers een

17 P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 347.

18 R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord – Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, Den Haag: WODC (in samenwerking met de Raad voor de Rechtspraak) 2009, p. 70.

19 E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 231 en 233.

20 J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvarianties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 16.

21 Zie § 13.3.1.

22 Zie § 13.3.2.

23 Zie § 13.3.3.

24 N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 773.

25 Art. 3:277 BW.

onderling gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, tenzij sprake is van een door de wet erkend geval van voorrang.²⁶ Zoals vermeld, schept beslag geen voorrang, maar dit wordt anders wanneer het beslag wordt ‘vervangen’ door zekerheid.²⁷ De schuldeiser die zekerheid heeft afgedwongen, verkrijgt een ‘betere’ positie dan de overige schuldeisers van de schuldenaar, hetgeen in strijd is met de paritas creditorum. Ten derde kan, naar mijn persoonlijke mening, aansluiting gezocht worden bij artikel 6:2 BW ingeval het conservatoir beslag als pressiemiddel wordt gebruikt. De schuldeiser is verplicht zich jegens de schuldenaar redelijk en billijk te gedragen. Vanuit dit oogpunt kan het gebruik van een pressiemiddel mogelijkerwijs worden beschouwd als een niet redelijke handeling van de schuldeiser doordat deze onvoldoende rekening houdt met de belangen van de schuldenaar.²⁸ Hier is overigens niet eerder in de literatuur of de rechtspraak over gesproken.

13.3 Werkwijze huidig stelsel

Zoals in paragraaf 13.2.2 is uiteengezet, ligt de primaire oorzaak van het gebruik van het conservatoir beslag als pressiemiddel bij de blokkerende werking van het beslag. Het is echter niet mogelijk iets aan deze blokkerende werking te veranderen, nu het conservatoir beslag hier zijn functie aan ontleent. Zonder het blokkeringseffect kan het verhaalsobject niet worden gewaarborgd. Derhalve moet de oplossing worden gezocht in de secundaire oorzaak; de huidige afstelling van het stelsel.

13.3.1 Verlofverlening

In het huidige stelsel bepaalt artikel 700 lid 1 Rv dat voor het leggen van conservatoir beslag de bevoegde voorzieningenrechter verlof dient te verlenen. Het verlof wordt bij verzoekschrift, het beslagrekest, verzocht²⁹ en

26 A.I.M. van Mierlo, F.H.J. Mijnsen, A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel III. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 375 en 376.

27 J.L.R.A. Huydecoper, ‘Beslaan wij maar raak?’, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvariaties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 16.

28 A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenissen in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 55.

29 Art. 700 lid 2 Rv.

wordt doorgaans ex parte verleend teneinde het verrassingseffect te kunnen waarborgen. De wet noemt een aantal vereisten waaraan het beslagrekest dient te voldoen, te weten de aard van het te leggen beslag, het ingeroepen recht en, in geval van een geldvordering, het (maximum)bedrag.³⁰ Daarnaast geldt voor enkele vormen van het conservatoir beslag de vrees voor verduistering.³¹ De voorzieningenrechter beslist na *summier onderzoek*,³² hetgeen volgens de wetgever inhoudt dat de voorzieningenrechter op de mededelingen van de verzoeker en de door deze overhandigde stukken mag afgaan.³³ Het is, aldus de als leidraad fungerende beslagsyllabus,³⁴ aan de voorzieningenrechter om de rechtmatigheid (formele vereisten) en de (on)gegrondheid (aannemelijkheid van de vordering) te toetsen en een afweging van de wederzijdse belangen te maken. Onderzoek van Meijssen-Tierates³⁵ wijst uit dat voorzieningenrechters daadwerkelijk de gestelde criteria uit de beslagsyllabus ter hand nemen, zij het dat deze niet per criterium worden afgegaan. Meijssen-Tierates spreekt over een totaalindruk aan de hand waarvan de voorzieningenrechter beslist, waarbij men gespitst is op vreemde zaken; het gaat om een ‘Fingerspitzengefühl’.³⁶ Wanneer sprake is van een niet ongewoon verzoek, vindt in de regel verlofverlening plaats.³⁷ Dat het conservatoir beslag mogelijk als pressiemiddel wordt gebruikt, wordt bij de beoordeling van het beslagrekest niet onderzocht.³⁸

30 Art. 700 lid 2 Rv.

31 Art. 711 lid 1, 714, 725 en 768 lid 3 Rv.

32 Art. 700 lid 2 Rv.

33 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechtelijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992, p. 310.

34 A.J. van der Meer, ‘Beslagsyllabus versie 2009’, 2009 <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/206D0E57-3DA3-45A5-AD26-B49E0B63CE02/0/F10003.pdf>.

35 M. Meijssen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6.

36 M. Meijssen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6, p. 168.

37 M. Meijssen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6, p. 168.

38 M. Meijssen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlof tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6, p. 168.

Het onderzoek van Meijssen-Tierates laat zien dat voorzieningenrechtshouders het verzoek toetsen binnen de grenzen van de door de wetgever voorgeschreven werkwijze. Dit maakt dat een beslagrekest ‘slechts’ hoeft te voldoen aan de vereisten van een plausibele, consistente, juridisch logische en bij voorkeur beknopte uiteenzetting waarbij weinig vereisten worden gesteld aan de onderbouwing met bewijs.³⁹ Dit heeft tot gevolg dat de beoordeling in de meeste gevallen resulteert in het plaatsen van een goedkeurende (stempel) handtekening van de voorzieningenrechter,⁴⁰ waardoor het verlot feitelijk gezien niet meer is dan een verklaring dat er geen formele beletselen zijn.⁴¹ Deze constatering zet vraagtekens bij het verlenen van het verlot. Doordat het een ex parte verzoek betreft, de wet milde eisen stelt aan het verlenen van het verlot, het mogelijke gebruik als pressiemiddel bij de beoordeling niet wordt onderzocht en de voorzieningenrechtshouders uiterst summier toetsen binnen de grenzen van de milde wet, kan het vorenstaande tot gevolg hebben dat het conservatoir beslag uitnodigt om als pressiemiddel te worden gebruikt. Dit maakt de verlotverlening tot een zwakke plek in het huidige stelsel van het conservatoir beslag.

Het bovenstaande is mogelijk te verklaren doordat de huidige wijze van het uiterst summier beoordelen de laatste tientallen jaren simpelweg binnen de rechtspraak is ingesleten; voorzieningenrechtshouders weten niet anders dan dat het altijd zo is geweest en het altijd zo gaat. Tevens gaan er geluiden op dat de uiterst summiere beoordeling met grote mate van waarschijnlijkheid een financiële reden heeft. De ruimte die een voorzieningenrechter heeft voor de behandeling van het beslagrekest, is verwerkt in de normen van het werklastmetingssysteem van de rechtspraak, het zogenoemde Lamiciesysteem.⁴² Deze normen vormen de maatstaf voor de hoeveelheid mensen en middelen die nodig zijn om binnen een redelijke termijn en op verantwoorde wijze bepaalde zaken te kunnen afhandelen,⁴³ aangezien ook binnen de rechtspraak het beginsel ‘tijd is geld’ geldt. Zo bestaat ook een vaste norm voor het

39 M. Meijssen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlot tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6, p. 168.

40 M. Meijssen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak) Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 27.

41 H.W.B. Thoe Schwartzenberg, ‘Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen)’, *WPNR* 2007, nr. 6697.

42 F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg: wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (Uitvoeringswet EG-Betekendingsverordening)*, 27 824 (aanpassingswetgeving), Deventer: Kluwer 2002, p. 36.

43 F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg: wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748*

beoordelen van beslagrekesten. Echter, het beoordelen van beslagrekesten is inmiddels massawerk geworden en geluiden vanuit de rechtspraak doen vermoeden dat voorzieningenrechters, vanwege deze vastgestelde norm, niet over de mogelijkheid beschikken om het beslagrekest naar behoren te beoordelen. Met andere woorden, de werklust laat het niet toe om tot een meer gegrond oordeel te komen. Dit verklaart ook de mogelijke gedachte van voorzieningenrechters om bij twijfel het verlot alsnog toe te wijzen, ‘want er is nog een opheffingskortgeding mogelijk’.⁴⁴

13.3.2 *Opheffing conservatoir beslag*

Wanneer het verlot eenmaal is verleend en het beslag gelegd, kan tegen het verlot geen hoger beroep worden ingesteld.⁴⁵ Artikel 705 lid 1 Rv geeft de beslagen schuldenaar de mogelijkheid om in kort geding opheffing van het conservatoir beslag te vorderen. Artikel 705 lid 2 Rv verplicht de voorzieningenrechter om het beslag te doen opheffen ingeval sprake is van een opheffingsgrond, aangezien de wet vermeldt ‘wordt uitgesproken’ in plaats van ‘kan worden uitgesproken’.⁴⁶ Ditzelfde lid geeft een *niet-limitatieve* opsomming van vier opheffingsgronden, te weten vormfouten, het stellen van voldoende zekerheid, de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht en de onnodigheid van het beslag. Hierbij zijn de laatste twee de belangrijkste gronden voor de beslagen schuldenaar om in opstand te komen tegen het beslag.

13.3.2.1 *Onnodigheid beslag en ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht*

Het is de Hoge Raad die de afgelopen jaren de ‘spelregels’ heeft opgesteld voor de beoordeling van de vordering tot opheffing van het beslag op grond van de onnodigheid en ondeugdelijkheid. Zo concludeerde de Hoge Raad dat de kortgedingrechter dient te beslissen aan de hand van een beoor-

(*Uitvoeringswet EG-Betekenningsverordening*), 27 824 (*aanpassingswetgeving*), Deventer: Kluwer 2002, p. 36.

44 A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 44.

45 Art. 700 lid 2 Rv.

46 M. Jansen, ‘De positie van de beslaglegger en de beslagene bij opheffing van conservatoir beslag; de Hoge Raad blijft zoekende’, *Praktisch Procederen* 2008-1, p. 4 en W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechtelijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992, p. 314.

deling van wat door partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd en dat deze beoordeling niet los van de in een zodanig geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen kan geschieden.⁴⁷ Maar de meest in het oog springende ‘spelregel’ is dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert om, met inachtneming van de beperkingen van het kort geding, aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is.⁴⁸ Dit betekent dat de ‘bewijslast’ (deze term is formeel niet correct, nu de gewone bewijsregels in kort geding niet van toepassing zijn)⁴⁹ ligt bij de beslagen schuldenaar en deze de onnodigheid/ondeugdelijkheid aannemelijk dient te maken. De redenering van de Hoge Raad is dat het conservatoir beslag er naar zijn aard toe strekt om te waarborgen dat verhaal mogelijk zal zijn en dat de beslaglegger in een later stadium eventueel aansprakelijk kan worden gesteld voor de ontstane schade.⁵⁰ Ook ingeval de vordering door de bodemrechter in eerste aanleg is afgewezen, dient de opheffing niet zonder meer te worden toegewezen en is het ook dan aan de beslagen schuldenaar de onnodigheid/ondeugdelijkheid aannemelijk te maken.⁵¹ Het gevolg van het feit dat de ‘bewijslast’ bij de beslagen schuldenaar ligt, is dat wanneer de ondeugdelijkheid/onnodigheid van het beslag aan twijfel onderhevig is, het beslag niet wordt opgeheven.⁵² Met andere woorden: de beslaglegger heeft in deze het voordeel van de twijfel. Hier kunnen vraagtekens bij worden gezet. Waar het verlot vrij gemakkelijk kan worden verkregen, verkeert de beslagen schuldenaar in een lastig pakket om de opheffing te realiseren. Vanwege de ingrijpendheid van het beslag zou het rechtvaardig zijn dat het

47 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (MBO/De Ruiterij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders), HR 13 juni 2003, *NJ* 2005, 77 (concl. A-G D.W.F. Verkade) en HR 25 november 2005, *NJ* 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge; concl. A-G D.W.F. Verkade; m.nt. G.R. Rutgers).

48 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (MBO/De Ruiterij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders), HR 13 juni 2003, *NJ* 2005, 77 (concl. A-G D.W.F. Verkade) en HR 25 november 2005, *NJ* 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge; concl. A-G D.W.F. Verkade; m.nt. G.R. Rutgers).

49 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 251.

50 HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 r.o. 3.3 (MBO/De Ruiterij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders).

51 HR 30 juni 2006, *NJ* 2006, 483 (Bijl/Van Baalen c.s.; concl. A-G E.M. Wesseling-Van Gent; m.nt. H.J. Snijders).

52 J.L.R.A. Huydecoper, ‘Beslaan wij maar raak?’, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvarianties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 23.

principe van ‘in dubio pro beslagene’ geldt, zoals A-G Verkade⁵³ in zijn conclusie bespreekt. De ‘bewijslast’ zou niet bij de beslagen schuldenaar moeten rusten, nu deze zich niet beroept op de rechtsgevolgen, maar juist bij de beslaglegger.⁵⁴ Maar het is de Hoge Raad die oordeelde dat dit niet past binnen het stelsel en het doel van het conservatoir beslag: het waarborgen van recht.⁵⁵ Mocht in de bodemprocedure alsnog de onnodigheid/ondeugdelijkheid blijken, dan zou de aansprakelijkheid van de beslaglegger voldoende moeten compenseren, aldus de redenering van Hoge Raad.

Resumerend kan gesteld worden, zoals ook Thoe Schwartzenberg concludeert,⁵⁶ dat de beslaglegger in alle opzichten betere kansen heeft zijn beslag te laten voortbestaan dan de beslagen schuldenaar om het beslag opgeheven te zien worden. De wetenschap van het eenvoudig te verkrijgen verlot in samenhang met de wetenschap van het moeilijk op te heffen conservatoir beslag maakt dat het conservatoir beslag uitnodigt om als persiemiemiddel te worden gebruikt. Dat blijkt mogelijkerwijs ook uit het feit dat slechts in 5% van de gevallen van conservatoir beslag opheffing in kort geding wordt gevorderd.⁵⁷ Empirisch bewijs is niet voor handen, maar dit kan waarschijnlijk worden verklaard door de moeilijke bewijspositie van de beslagen schuldenaar, waardoor deze zich genooddaakt voelt tot het stellen van zekerheid in plaats van te procederen.

13.3.3 Aansprakelijkheid

In een tweetal gevallen kan de beslaglegger gehouden zijn tot schadevergoeding jegens de beslagen schuldenaar, te weten wanneer de beslaglegger de eis in de hoofdzaak niet tijdig heeft ingesteld of wanneer de bodemrechter in de hoofdzaak het gevorderde (gedeeltelijk) heeft afgewezen.⁵⁸ Op de beslaglegger rust een risicoaansprakelijkheid voor de

53 HR 13 juni 2003, NJ 2005, 77 (concl. A-G D.W.F. Verkade).

54 J.L.R.A. Huydecoper, ‘Beslaan wij maar raak?’, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvariaties, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 22 en H.W.B. Thoe Schwartzenberg, ‘Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen)’, *WPNR* 2007, nr. 6697.

55 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 r.o. 3.3 (MBO/De Ruiterij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders).

56 H.W.B. Thoe Schwartzenberg, ‘Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 30 juni 2006, RvdW 2006, 670 (Bijl/Van Baalen)’, *WPNR* 2007, nr. 6697.

57 M. Meijsen-Tierates, ‘Onderzoek naar het opheffingskortgeding in theorie en praktijk’, *Executief* 2008, nr. 1, p. 3.

58 P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 418.

gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de hoofdzaak niet tijdig is ingesteld alsmede ingeval de vordering in de hoofdzaak volledig wordt afgewezen.⁵⁹ Indien de vordering gedeeltelijk wordt toegewezen, is van aansprakelijkheid sprake als de beslaglegging als misbruik van recht kan worden aangemerkt.⁶⁰ Deze, zoals Verkade het noemt, wettelijke pleister op de wonde kan onvoldoende tegenwicht bieden⁶¹ en wel om een drietal redenen:⁶² ten eerste is de exacte omvang van de gevolgschade, waaronder reputatieschade, moeilijk bepaalbaar en bewijstechnisch moeilijk aantoonbaar. Ten tweede gelden in geval van gedeeltelijke toewijzing de strenge criteria van misbruik van recht. Als laatste is het maar de vraag of de beslaglegger voldoende solvabel is om de schade te vergoeden.

13.3.4 *Opmaken balans*

In zijn geheel bezien, blijkt dat het stelsel van het conservatoir beslag dusdanig is afgesteld dat het uitnodigt tot het gebruik als pressiemiddel. Zo blijkt een discrepantie te bestaan tussen het eenvoudig te verkrijgen verlot en de bij de schuldenaar liggende ‘bewijslast’ in opheffingskortgeding. Deze discrepantie gecombineerd met het mogelijk onvoldoende tegenwicht bieden van de aansprakelijkheid van de beslaglegger leiden ertoe dat het conservatoir beslag als pressiemiddel kan worden gebruikt. Kortom, het is de afstelling van het stelsel die het gebruik als pressiemiddel in de hand werkt.

13.4 Aanbevolen veranderingen

Het bovenstaande laat zien dat het huidige stelsel en de werkwijze toe zijn aan verbetering. Hierbij dient in het oog te worden gehouden dat de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar in evenwicht zijn en dat bewuster gebruik dient te worden gemaakt van het conservatoir beslag. Zo dienen stimulansen de schuldeiser en de voorzieningenrechter meer te bewegen tot het stellen van de vraag of waarborg daadwerkelijk noodzakelijk is.

59 N.W.M. van den Heuvel, ‘Recht op zekerheid?’, *O&F* 2007, nr. 76, p. 7.

60 P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 418 en HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 440 (Hoda International/Mondi Foods; concl. A-G F.F. Langemeijer; m.nt. A.I.M. van Mierlo).

61 HR 13 juni 2003, *NJ* 2005, 77 (concl. A-G D.W.F. Verkade).

62 M. Jansen, ‘De positie van de beslaglegger en de beslagene bij opheffing van conservatoir beslag; de Hoge Raad blijft zoekende’, *Praktisch Procederen* 2008-1, p. 4.

13.4.1 *Faciliteren van ruimte en middelen*

Het moge inmiddels duidelijk zijn dat het conservatoir beslag een ingrijpend middel is. De wetgever biedt de schuldeiser dit ingrijpende middel en de onafhankelijke voorzieningenrechter oordeelt of het beslag gerechtvaardigd is. Buiten kijf staat dat (om de kwaliteit van dit oordeel te kunnen garanderen) de voorzieningenrechter over voldoende ruimte en middelen dient te beschikken. Ingeval de werklast daadwerkelijk te hoog is, zoals beschreven in paragraaf 13.3.1, en hierdoor de kwaliteit van de beoordeling in het geding komt, is het van belang dat dit probleem wordt aangepakt. Zolang deze ruimte en middelen niet in voldoende mate worden gefaciliteerd, kan de kwaliteit van de beoordeling bij de verlovverlening niet worden verbeterd en is het ter harte nemen van onderstaande aanbevelingen onmogelijk.

13.4.2 *‘De gebruiker betaalt’*

Het op 1 februari 2010 vastgestelde verschuldigde griffierecht voor een verzoekschrift aan de voorzieningenrechter bedroeg € 103,00.⁶³ De precieze kosten van een naar behoren beoordeeld beslagrekest zijn niet in zijn algemeenheid te geven, maar zullen met een grote mate van waarschijnlijkheid de € 103,00 ver overstijgen.

Wanneer het griffierecht wordt verhoogd, kan dat tot een aantal gewenste veranderingen leiden. Zo wordt de rechtspraak financieel tegemoet gekomen, waardoor de gewenste ruimte ontstaat om de kwaliteit van de beoordeling van het beslagrekest naar een hoger niveau te brengen. Hierbij kan gedacht worden aan een kostendekkend bedrag, hetgeen ook past bij het recentelijk gepubliceerde voorstel van het ministerie van Financiën⁶⁴ om, in het kader van de veronderstelde noodzakelijke bezuinigingen, over te gaan naar een systeem van kostendekkende griffierechten. De rechtspraak zal met het verhoogde griffierecht bovendien de boodschap afgeven dat het ingrijpende conservatoir beslag enkel in de daarvoor bestemde situaties mag worden ingezet. Dit zal leiden tot de wenselijke bewustheid bij de schuldeiser dat de keuze voor het conservatoir beslag kosten met zich mee brengt. De schuldeiser zal door de kostenverhoging worden bewogen tot het (her)overwegen van de noodzakelijkheid van het leggen van conservatoir beslag. Dit kan een daling van het aantal pressiebeslagen en nodeloze beslagen tot gevolg hebben.

63 <www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Kosten+van+een+procedure/Griffierechten/>.

64 *Rapport inzake brede heroverwegingen; Veiligheid en terrorisme*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2010, p. 32.

Vanzelfsprekend mag het conservatoir beslag geen middel worden dat uitsluitend door de kapitaalkrachten kan worden ingezet. Ook voor de minder kapitaalkrachten moet het mogelijk blijven het conservatoir beslag aan te kunnen wenden, bijvoorbeeld door gefinancierde rechtshulp. In deze bijdrage zal verder niet worden uitgewerkt hoe een dergelijk stelsel eruit moet komen te zien.

13.4.3 *Eisen aan beslagrekest*

In paragraaf 13.3.1 is uiteengezet aan welke eisen een beslagrekest dient te voldoen, te weten de aard van het te leggen beslag, het ingeroepen recht en, in geval van een geldvordering, het (maximum)bedrag⁶⁵ en daarnaast voor enkele vormen van het conservatoir beslag de vrees voor verduistering.⁶⁶ Om tot een verbeterd stelsel te kunnen komen, is het waardevol de ervaringen in het buitenland nader te bestuderen.

13.4.3.1 *Vrees voor bedreiging toekomstige executie*

Opvallend aan het Nederlandse stelsel is dat bij de verloffverlening te weinig oog is voor de vraag of het verhaalsobject bij de mogelijk latere executie daadwerkelijk wordt bedreigd als conservatoir beslag niet wordt gelegd. Weliswaar geldt voor enkele vormen van het conservatoir beslag het vereiste van de vrees voor verduistering,⁶⁷ maar deze eis heeft niet veel om het lijf, nu de vrees enkel hoeft te worden gesteld en onderbouwing niet is vereist.⁶⁸

Dit is in Duitsland ('Arrest'), België ('bewarend beslag') en het Verenigd Koninkrijk ('Mareva injunction') anders. In deze landen moet de schuld-eiser voor iedere vorm van conservatoir beslag voldoen aan het vereiste van de 'Arrestgrund',⁶⁹ de 'hoogdringendheid'⁷⁰ dan wel het 'real risk-vereiste'.⁷¹ In deze landen wordt het conservatoir beslag beschouwd als een uiterst ingrijpend middel. Duitsland ervaart het conservatoir beslag als een schending van het in hun grondwet opgenomen recht op eigendom⁷² en in het Verenigd Koninkrijk spreekt men van een 'nuclear weapon of the

65 Art. 700 lid 2 Rv.

66 Art. 711 lid 1, 714, 725 en 768 lid 3 Rv.

67 Art. 711 lid 1, 714, 725 en 768 lid 3 Rv.

68 N.W.M. van den Heuvel, 'Recht op zekerheid?', *O&F* 2007, nr. 76, p. 4.

69 § 917 ZPO.

70 Art. 1413 Ger. W.

71 *Ninemia* [1983] 1 W.L.R. 1412 CA en *Customs & Excise v. Anchor Foods* [1999] 1 W.L.R. 1139.

72 Art. 14 Grundgesetz.

law'.⁷³ Daarnaast fungeert het vereiste ook, zoals in België, om het gebruik als 'drukkingsmiddel' te voorkomen.⁷⁴

De wijzen waarop de Arrestgrund, de hoogdringendheid en real risk worden ingevuld, komen, nuances daargelaten, onderling grotendeels overeen. Aan de eis is voldaan wanneer de schuldeiser kan aantonen dat omstandigheden de financiële positie van de schuldenaar in het gedrang brengen, waardoor de latere executie mogelijk gevaar loopt. Daarvan is sprake wanneer de schuldenaar zijn onvermogen aan het organiseren is, doordat het vermogen wordt verspild of verkwist, of wanneer hiertoe gegronde vrees bestaat.⁷⁵ Andere redenen kunnen zijn dat de schuldenaar de schuldeiser bedriegt⁷⁶ of dat sprake is van een onverschillige dan wel een passieve schuldenaar tegenover aanmaningen, terwijl de schuldeiser niets is te verwijten.⁷⁷ Het aannemelijk maken dient in België te geschieden met concrete gegevens, waarbij vage geruchten niet volstaan.⁷⁸ In Duitsland zijn concrete redenen van verdenkingen noodzakelijk; het enkele gedrag van de schuldenaar is slechts een indicatie.⁷⁹ De vereisten hebben tot gevolg dat het beslag niet kan worden aangewend bij enkele contractbreuk of ingeval de schuldenaar de schuld niet erkent en zijn recht van verdediging uitoefent.⁸⁰ Wil het conservatoir beslag worden aangewend, dan dient sprake te zijn van omstandigheden waaruit blijkt dat de executie wordt bedreigd. In Duitsland geldt dat 'zolang de schuldenaar beschikt over vermogen van overeenkomstige

73 J. Stevens, 'Equity's Manhattan Project: The Creation and Evolution of the Mareva Injunction', *Denning Law Journal* 1999, p. 25.

74 E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 312 en G. Martyn, *Beslag en collectieve schuldenregeling*, Brussel: Larcier 2005, p. 10.

75 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 880, E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 313 en M.S.W. Hoyle, *The Mareva injunction and related orders*, London: LLP Limited 1997, p. 33.

76 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 880, E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 313 en M.S.W. Hoyle, *The Mareva injunction and related orders*, London: LLP Limited 1997, p. 33.

77 R. Zöller, *Zivilprozessordnung*, Keulen: Dr. Otto Schmitt 2007, p. 2400 en E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 313.

78 E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 312.

79 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 880.

80 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 880, E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 313.

waarde, een Arrest niet kan worden gerechtvaardigd'.⁸¹ Dit principe geldt ook voor het bewarend beslag in België.⁸²

Het is de vraag of de invoering van een soortgelijke strenge eis in Nederland het stelsel zou verbeteren. In theorie zou de invoering ervan leiden tot een inperking van het gebruik als pressiemiddel. Immers, conservatoir beslag kan enkel worden gelegd in de gevallen waarin wordt aangetoond dat de executie (mogelijk) gevaar loopt. Desalniettemin zal de invoering van deze eis, vermoedelijk, niet tot een bevredigend(er) stelsel leiden vanwege enkele praktische bezwaren. Ten eerste is het bewijstechnisch vrij problematisch om bedreiging van de executiemogelijkheden concreet aan te tonen. Daarbij speelt een grote rol dat het gewoonweg niet mogelijk is om alle risico's goed in te schatten dan wel te voorspellen; het blijft te allen tijde 'koffiedik kijken.' Ten tweede kan deze eis onzekerheid brengen ten aanzien van de naleving van artikel 3:296 BW. Civiele procedures voor het verkrijgen van een executoriale titel duren in Nederland lang en zijn kostbaar. Voorkomen moet worden dat wanneer een schuldeiser die vanwege deze zware eis (toentertijd) geen conservatoir beslag kon leggen en na een jarenlange, dure gerechtelijke procedure zijn vordering ziet worden toegewezen, vervolgens in onzekerheid verkeert of hij de vordering wel kan verhalen.

Hoewel de invoering van deze eis in theorie is toe te juichen, is het de praktische uitvoerbaarheid die tegen de invoering van deze eis pleit. Waar de 'weegschaal der belangen' nu te veel overhelt naar de voor de schuldeiser gunstige zijde, zal de invoering van deze eis naar mijn inschatting niet leiden naar een gerechtvaardigd evenwicht, maar naar een overhelling naar de andere zijde, ten gunste van de schuldenaar.

Kortom, de invoering van een soortgelijke eis in Nederland is niet aan te bevelen. In plaats hiervan zou de nadruk vele malen meer op de gegrondheid van de vordering moeten komen te liggen.

13.4.3.2 *Het ingeroepen recht*

De gegrondheid van de vordering in Nederland is belichaamd in het ver-eiste van 'het ingeroepen recht.' Deze eis is vergelijkbaar met de Belgische

81 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 880.

82 E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 313.

‘zekere’ schuldvordering,⁸³ de Duitse ‘bestimmte Geldforderung’⁸⁴ en de ‘good arguable case’⁸⁵ in het Verenigd Koninkrijk.

Een verschil treedt op bij het aannemelijk maken van het ingeroepen recht. Zoals vermeld in paragraaf 13.3.1 mag in Nederland de voorzieningenrechter afgaan op de mededelingen en door de verzoeker overhandigde stukken. Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter of sprake is van een niet ongewoon verzoek.

In België dient, strenger dan in Nederland, de schuldeiser ervoor zorg te dragen dat zijn aanspraken *prima facie* gegronsd voorkomen, zodat de beslagrechter kan oordelen of deze aanspraken een ‘voldoende schijn van gegrondheid hebben’ dan wel niet voor een ‘redelijke betwisting’ vatbaar zijn.⁸⁶ Dit is vergelijkbaar met Duitsland, waar het aan de schuldeiser is om de noodzakelijkheid van het ‘Arrest’ geloofwaardig te maken.⁸⁷ Dit dient op zo’n wijze te gebeuren dat de rechter zorgvuldig kan onderzoeken of het verzoek overtuigend en acceptabel is.⁸⁸ Weliswaar hoeft de schuldeiser in beginsel niet zelfstandig de verweren en de bezwaren van de schuldenaar te vermelden of te weerleggen, maar de schuldeiser mag geen onware feiten naar voren mag brengen, of vrij vertaald, het betoog mag geen ‘aanspraakvijandige’ feiten bevatten.⁸⁹ De rechter beslist weliswaar zonder het horen van de schuldenaar, maar dat is geen grond om het materiële recht te verdraaien.⁹⁰

De meest vergaande eis is de ‘full and frank disclosure’ in het Verenigd Koninkrijk. Dit betekent dat de schuldeiser verplicht is om alle inhoudelijke feiten over te leggen, ook de feiten die het verzoek tegen spreken.⁹¹ Deze eis is vanwege de ex parte toetsing opgenomen om te verzekeren dat de rechter

83 Art. 1415 Ger. W.

84 § 916 ZPO en K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 879.

85 S. Sime, D. French, *Blackstone’s Civil Practice*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 515.

86 E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag* Mechelen: Kluwer 2010, p. 317.

87 § 920 II jo. 294 ZPO.

88 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 871.

89 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 871.

90 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 871.

91 S. Sime, D. French, *Blackstone’s Civil Practice*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 512, S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 459 en M.S.W. Hoyle, *The Mareva Injunction and Related Orders*, London: LLP Limited 1997, p. 33.

beschikt over al het relevante bewijs, een zorgvuldige belangenafweging kan maken en tot een gegrond oordeel kan komen.⁹² Wanneer de beslagen schuldenaar in beroep gaat en mocht blijken dat niet is voldaan aan de full and frank disclosure, zal vanwege het serieuze karakter van de nalatigheid het beslag per direct worden opgeheven.⁹³

Uit het vorenstaande blijkt dat de buitenlandse stelsels meer oog hebben voor de gegrondheid van de vordering, waar in Nederland wellicht te gemakkelijk aan wordt voorbijgegaan. Zoals vermeld, zou de nadruk vele malen meer op de gegrondheid van de vordering moeten liggen. Op grond van het hiervoor vermelde zou het Nederlandse stelsel lering kunnen trekken uit de werkwijze van het Verenigd Koninkrijk. De schuldeiser moet, vanwege de ex parte toetsing en de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar, worden verplicht tot het verstrekken van alle relevante gegevens, ook de feiten die mogelijkerwijs het verzoek tegen spreken. Wanneer al deze relevante gegevens zijn overgelegd, kan de voorzieningenrechter een zorgvuldige belangenafweging maken en tot een gegrond oordeel komen. De invoering van een dergelijke eis zou niet nieuw zijn in het Nederlandse burgerlijk procesrecht, nu een dergelijke eis te vergelijken is met de substantiëringsplicht en de bewijsaandragplicht van artikel 111 lid 3 Rv bij de dagvaardingsprocedure. Hoewel op het niet voldoen aan deze plichten in de dagvaardingsprocedure geen uitdrukkelijke sanctie staat,⁹⁴ is de op te leggen sanctie bij het conservatoir beslag vrij evident. Mocht bij het opheffingskortgeding blijken dat de schuldeiser relevante gegevens achterwege heeft gelaten, dan heeft dat tot gevolg, net als in het Verenigd Koninkrijk,⁹⁵ dat het gelegde beslag zonder meer direct wordt opgeheven, ook al heeft de schuldeiser materieel gelijk. De schuldeiser kan dan aansprakelijk worden gesteld voor de geleden schade. De ingrijpendheid van het beslag en de ex parte toetsing rechtvaardigen dat van de schuldeiser kan worden verwacht dat hij alle relevante gegevens overlegt en dat niet-naleving leidt tot een zware sanctie. Het zal naar mijn mening dan ook bijdragen aan het bewuster gebruik van het conservatoir beslag door de schuldeiser.

92 M.S.W. Hoyle, *The Mareva Injunction and Related Orders*, London: LLP Limited 1997, p. 56 en 57 en S. Sime, D. French, *Blackstone's Civil Practice*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 512 en 513.

93 M.S.W. Hoyle, *The Mareva Injunction and Related Orders*, London: LLP Limited 1997, p. 33 en 71.

94 A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003, p. 70.

95 D. Capper, 'The need for Mareva injunctions reconsidered', *Fordham Law Review* 2005, p. 2165.

13.4.4 *Beoordeling van het beslagrekest*

Nadat de schuldeiser het beslagrekest heeft ingediend, is het aan de voorzieningenrechter om het te beoordelen. Zoals vermeld in paragraaf 13.4.1 dient voor de beoordeling voldoende ruimte gecreëerd te worden zodat de kwaliteit van de beoordeling naar een hoger niveau kan worden gebracht. Van belang is dat de beoordeling veel meer maatwerk wordt dan thans de praktijk is,⁹⁶ zodat pressiebeslagen alsmedeodeloze beslagen kunnen worden voorkomen.

13.4.4.1 *Ex parte & het zwart en grijs maken van beslagen*

Buiten kijf staat dat de schuldenaar niet mag worden betrokken bij de verloffverlening. Dit is ook de opvatting in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Het recht wordt nu eenmaal gewaarborgd doordat vermogensbestanddelen van de schuldenaar door het verrassingseffect kunnen worden geblokkeerd. Ingeval de schuldenaar wetenschap heeft van het mogelijk te leggen conservatoir beslag, dan verkrijgt hij de mogelijkheid om vóór verloffverlening bestanddelen aan verhaal te onttrekken.

Desalniettemin is de ex parte toetsing een schending van het ‘heilige’ beginsel van hoor en wederhoor. In Duitsland wordt deze ‘schending’ opgevangen door de schuldenaar voorafgaande aan het beslag de mogelijkheid te bieden tot het indienen van een ‘Schutzschrift’.⁹⁷ Met het Schutzschrift kan de schuldenaar zich verdedigen tegen een mogelijk later in te dienen beslagrekest.⁹⁸ De rechter kan zo de belangen van de schuldenaar meenemen bij de beoordeling. Ook Nederland kent een soortgelijk systeem, te weten het zwart dan wel grijs maken van mogelijke beslagen. Dit houdt in dat de schuldenaar, die vermoedt dat onder hem conservatoir beslag zal worden gelegd, zich gedurende een bepaalde periode op een zwarte dan wel grijze lijst kan laten plaatsen.⁹⁹ Wanneer een schuldeiser vervolgens om verloffverzoek, kan de voorzieningenrechter doen besluiten, ingeval het beslag zwart is gemaakt, de schuldenaar te horen of, ingeval grijs gemaakt, de

96 A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 16.

97 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 890.

98 K. von Schellhammer, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg: Müller 2004, p. 890.

99 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 16.

beslaglegger te horen.¹⁰⁰ Naast het feit dat dit systeem in zijn algemeenheid recht doet aan het beginsel van hoor en wederhoor, is het ook een ideaal middel om tegemoet te komen aan de schuldenaar die vermoedt dat een schuldeiser pressie gaat uitoefenen. Het was echter de administratieve verwerking van deze verzoeken die de laatste dertig jaar bij rechtbanken heeft geleid de impopulariteit van dit systeem.¹⁰¹ Inmiddels kan, dankzij de automatisering, bij enkele rechtbanken weer volop gebruik worden gemaakt van deze mogelijkheid. Derhalve dient gepleit te worden voor de landelijke (her)invoering en daarbij het promoten van deze mogelijkheid om zo het zwart en grijs maken van mogelijke beslagen nieuw leven in te blazen.¹⁰²

13.4.4.2 Proportionaliteit

Wat nu niet bij de beoordeling wordt meegenomen, maar wat een belangrijk nieuw onderdeel bij de beoordeling moet worden, is het beginsel van proportionaliteit. Dit van Van der Meer afkomstige idee¹⁰³ houdt in dat het conservatoir beslag in redelijke verhouding moet staan tot de gepretendeerde vordering. Het zal de voorzieningenrechter bij zijn beslissing verplichten om rekening te houden met de consequenties van het beslag voor de schuldenaar en de vraag of niet op een minder ingrijpende wijze de gewenste waarborg kan worden bereikt. Daarbij past ook het idee om te pleiten voor een beslagrangorde, waarbij eerder het minder ingrijpende conservatoir beslag op onroerend goed moet worden toegestaan en pas als ultimum remedium het ingrijpende beslag op bankrekeningen.

13.4.4.3 Cautie

In het Verenigd Koninkrijk is het vooraf door de schuldeiser verstrekken van een ‘undertaking as to damages’ zeer gebruikelijk, zodat de schuldenaar later gecompenseerd kan worden ingeval het beslag niet gerechtvaardigd was.¹⁰⁴ Deze mogelijkheid bestaat ook in Nederland (art. 701 Rv)

100 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 16.

101 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 16 en A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 17.

102 A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 17.

103 A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen & J.C. van Oven, *De reikwijdte van het beslag*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 15.

104 S. Sime, D. French, *Blackstone's Civil Practice*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 520, M.S.W. Hoyle, *The Mareva Injunction and Related Orders*,

maar wordt doorgaans in de praktijk niet toegepast.¹⁰⁵ Hoogstwaarschijnlijk is dit een ‘vergeten’ artikel wat nieuw leven moet worden ingeblazen, aangezien het een ideaal middel is om de intenties van de schuldeiser te achterhalen. De ‘zeker van zijn zaak-schuldeiser’ zal zonder problemen de cautie stellen, de kwaadwillende schuldeiser zal zijn keuze nog eens heroverwegen. Daarnaast biedt het de schuldenaar meer zekerheid zijn geleden schade vergoed te krijgen ingeval mocht blijken dat het gelegde conservatoir beslag niet gerechtvaardigd was.

13.4.5 *Opheffing conservatoir beslag*

Zoals uiteengezet in paragraaf 13.3.2 is in Nederland veel te doen over de bij de beslagen schuldenaar liggende ‘bewijslast’ in opheffingskortgeding. Desalniettemin is Nederland niet het enige land waar de ‘bewijslast’ op de beslagen schuldenaar rust. In Duitsland is het eveneens aan de schuldenaar om in ‘Widerspruch’ gronden aan te voeren die pleiten voor de opheffing van het Arrest.¹⁰⁶ Ook in België is het aan de verzetdoende partij om aannemelijk te maken dat de machtigende beschikking niet kan worden gehandhaafd,¹⁰⁷ met uitzondering van de gestelde ‘hoogdringendheid’. Dat de urgentie nog immer aanwezig is, is aan de beslaglegger om aannemelijk te maken.¹⁰⁸

Dat de ‘bewijslast’ bij de beslagen schuldenaar ligt, maakt Nederland derhalve niet uniek. Het oordeel van de Hoge Raad¹⁰⁹ is gezien het doel van het conservatoir beslag en het Nederlandse processysteem ook niet foutief beredeneerd. Het is echter de ontstane discrepantie tussen de praktijk van het eenvoudig te verkrijgen verlot en de ‘bewijslast’ van de schuldenaar die tegen het rechtsgevoel indruist en het eenvoudig gebruik als pressiemiddel mogelijk maakt. Mochten bovenstaande voorstellen aangaande de verlotverlening ter harte worden genomen, dan verdwijnt, door de verbeterde

London: LLP Limited 1997, p. 31 en M. Zander, *Cases and materials on the English Legal System*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 103.

105 M. Meijsen-Tierates, ‘De praktijk van de beoordeling van verzoekschriften tot het verlenen van verlot tot het leggen van conservatoir beslag’, *Praktisch Procederen* 2008, nr. 6, p. 168.

106 § 924 II ZPO.

107 Art. 1419 Ger. W. en E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 327.

108 E. Dirix & K. Broeckx, *Beslag*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 327.

109 Zie § 13.3.2 en HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (MBO/De Ruiterij; concl. A-G A.S. Hartkamp; m.nt H.J. Snijders), HR 13 juni 2003, NJ 2005, 77 (concl. A-G D.W.F. Verkade) en HR 25 november 2005, NJ 2006, 148 (Rohde Nielsen/De Donge; concl. A-G D.W.F. Verkade; m.nt. G.R. Rutgers).

verlofverlening, deze discrepantie. De verdeling van de ‘bewijslast’ hoeft dan geen verandering.

Het is daarnaast aan de behandelend voorzieningenrechter om te oordelen of de beslagleggende schuldeiser heeft voldaan aan zijn substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht. Schending van deze plichten leidt, zoals vermeld in paragraaf 13.4.3.2, zonder meer direct tot opheffing en aansprakelijkheid van de schuldeiser.

Mocht de voorzieningenrechter bij het verlenen van het verlot de schuldeiser geen zekerheid hebben laten stellen, dan zou het de beslagen schuldenaar mogelijk moeten worden gemaakt, weliswaar in strijd met de huidige jurisprudentie,¹¹⁰ om in opheffingskortgeding zekerheid van de schuldeiser te vorderen. De eenzijdigheid van het verleende verlot rechtvaardigt deze vordering. Bovendien kan deze aan de schuldenaar geboden mogelijkheid de schuldeiser de keuze voor het conservatoir beslag doen (her)overwegen. Daarbij moet opgemerkt worden dat deze zekerheid pas na vaststelling van de aansprakelijkheid en de geleden schade door de rechter kan worden verzilverd.

13.5 Conclusie

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het stelsel van het conservatoir beslag onder druk staat en dat aanpassingen noodzakelijk zijn. De ingrijpendheid van het conservatoir beslag verlangt immers een juist evenwicht tussen de gerechtvaardigde belangen van de schuldeiser en de schuldenaar. Er dient bewuster gebruik te worden gemaakt van het conservatoir beslag. Daarnaast moet de nadruk meer worden gelegd op de gegrondheid van de vordering bij de verlofverlening.

In dat verband is het interessant om te melden dat mijn conclusies in grote lijnen aansluiten bij de recente bevindingen van Meijsen en Jongbloed.¹¹¹ Een tweetal aanbevelingen komt overeen met deze bijdrage, te weten de invoering van de substantiëringsplicht¹¹² en de (her)invoering van het grijs

110 Zie inleiding hoofdstuk 1 en HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 479 r.o. 3.3 (concl. A-G A.S. Hartkamp) en HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 45 r.o. 3.3.2 (concl. A-G F.B. Bakels).

111 M. Meijsen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010 en noot 6.

112 M. Meijsen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 102.

kunnen maken van het beslag.¹¹³ Een aanbeveling van deze auteurs die niet ter harte moet worden genomen, is het terughoudend toepassen van het conservatoir beslag wanneer partijen in een contractuele relatie tot elkaar staan.¹¹⁴ In het memorandum wordt gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van schuldeisers, nu zij de gelegenheid hadden om (contractuele) zekerheidsmaatregelen te treffen.¹¹⁵ Naast het feit dat de ‘weegschaal der belangen’ hierdoor, naar mijn overtuiging, te veel overhelst naar de voor de schuldenaar gunstige zijde, kunnen vraagtekens gezet worden bij de praktische uitvoerbaarheid van de aanbeveling. Het onderhandelingsproces is doorgaans gestoeld op het wederzijds vertrouwen tussen partijen. Wanneer partijen indirect worden verplicht tot het opnemen van zekerheidsmaatregelen, leidt dit mogelijk tot een afname van het wederzijds vertrouwen en wellicht zelfs tot wantrouwen tussen partijen. Daar komt bij dat de aanbeveling leidt tot juridisering van het onderhandelingsproces, hetgeen dit proces zal bemoeilijken, zeker wanneer het wordt gevoerd door niet-juristen.

113 M. Meijsen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 102.

114 M. Meijsen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 105.

115 M. Meijsen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland* (Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 105 en 106.

XIV Over misbruik van procesrecht en het preventief weren van veeleisende partijen

T. Bruijnzeel

Eenieder is bevoegd om gebruik te maken van zijn recht op toegang tot de rechter. Van deze bevoegdheid kan misbruik worden gemaakt, bijvoorbeeld indien een procedure aanhangig wordt gemaakt terwijl er eigenlijk geen geschil is tussen partijen, als reeds een oplossing is bereikt maar nog niet is uitgevoerd of als een zo futiele eis wordt ingesteld dat er eigenlijk geen reële vordering is. Men kan ook denken aan het geval dat een procedure wordt begonnen met als doel te schaden (een vexatoire procedure) of dat door dezelfde eiser tientallen procedures worden begonnen over dezelfde feiten en omstandigheden. Op 29 juni 2010 zal de Eerste Kamer een wetsvoorstel behandelen waarin een aanzienlijke uitbreiding van de competentie van de sector kanton van de rechtbanken wordt voorzien (o.m. verhoging van de competentiegrens voor waardeverorderingen naar 25.000 euro en uitbreiding van de bevoegdheid tot alle consumentenzaken). Naar verwachting zal de wet begin 2011 in werking treden. Bij de kantonrechter geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging. Terwijl advocaten gehouden zijn aan de gedragsregels voor advocaten, zijn andere procesvertegenwoordigers dat niet. Uitgaande van de veronderstelling dat het risico op misbruik van procesrecht groter is, als geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, zou met de uitbreiding van de bevoegdheid van de kantonrechter vaker dan thans het geval is misbruik kunnen worden gemaakt van het recht op toegang tot de rechter. Het kan dus noodzakelijk blijken om een effectief doseringsmiddel te kunnen toepassen op het gebruik van het recht op toegang tot de rechter. In deze bijdrage wordt onderzocht welke doseringsmiddelen op dit moment in Nederland mogelijk zijn en of deze een rake remedie bieden aan partijen die schade ondervinden door het misbruik door de eiser van het recht op toegang. Kan aan een partij ook een algemeen verbod worden opgelegd om gebruik te maken van zijn recht op toegang tot de rechter? In sommige staten van de Verenigde Staten is een dergelijk algemeen verbod mogelijk. In deze bijdrage wordt onderzocht onder welke omstandigheden in de Verenigde Staten een algemeen verbod kan worden opgelegd; vervolgens wordt de vraag opgeworpen of een dergelijk algemeen verbod voor Nederland denkbaar zou zijn.

14.1 Inleiding

De verhoging van de kantongrens naar vijftiengduizend euro zal de drempel om een procedure te beginnen verlagen, doordat meer zaken voor de kantonrechter kunnen worden gebracht zonder dat een advocaat nodig is.¹ Naar verwachting zal de verhoging per 1 januari 2011 een feit zijn.² Wanneer het financiële belang van het geschil straks minder bedraagt dan de ‘kantongrens’ van vijftiengduizend euro of het om een van de andere zaken gaat die op grond van artikel 93 Rv ten gronde door de kantonrechter behandeld worden, is procesvertegenwoordiging niet nodig en kunnen partijen in persoon procederen. Zouden partijen wel vertegenwoordigd door een advocaat in het proces dienen te verschijnen dan is de advocaat gebonden aan de gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten, waarin onder andere is opgenomen dat de advocaat zich ‘niet van oneigenlijke middelen mag bedienen, zoals het aankondigen of nemen van stappen die niet in verhouding staan tot het beoogde doel’.³ Partijen die in persoon procederen zijn niet gebonden aan deze gedragsregels. Het is niet moeilijk in te denken dat partijen straks – eerder dan nu het geval is – hun vordering voor zullen leggen aan de rechter en er zelfs sprake kan zijn van misbruik van de procedure.⁴

Welke instrumenten staan de gedaagde en de rechter in die gevallen ter beschikking om schade geleden door misbruik van een procedure te verhalen of juist tijdig af te wenden? Tevens is het de vraag hoe raak deze instrumenten zijn als remedie tegen misbruik van de procedure.

Eenieder is bevoegd om op te komen voor zijn rechten en daarbij gebruik te maken van de hem toekomende bevoegdheden. Dit kan onder andere door middel van het beginnen van een civiele procedure. Het recht op uitoefening van deze bevoegdheid wordt bevestigd door het fundamentele recht op toegang tot de rechter, vastgelegd in artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Tegenover het recht om een civiele procedure te starten, staat het recht van eenieder op privacy en bescherming van de persoonlijke levenssfeer, vastgelegd in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM. Iedere uitoefening

1 Wetsvoorstel 32021 ‘Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie’, is op 20 mei 2010 aangenomen door de Tweede Kamer. Op 29 juni 2010 zal het voorstel door de Eerste Kamercommissie behandeld worden.

2 Wetsvoorstel evaluatiewet 32021, *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 3 (MvT), p. 19.

3 Gedragsregels 1992, onder 1.2., Taak en functie van de advocaat.

4 Zie ook: SER Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden ‘Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken’ publicatienummer 3, 15 maart 2007, p. 30: ‘de ambtelijke werkgroep (...) onderkent de mogelijkheid van misbruik van (...) de eenvoudige procedure.’

van het recht op toegang tot de rechter kan afgezet worden tegen het recht op privacy van de gedaagde; doordat gedaagde zich moet verweren in een procedure zal er immers een verstoring zijn van de privacy en de persoonlijke levenssfeer. Het aanspannen van een procedure tegen de gedaagde is een inbreuk op dit recht, die in beginsel wordt geacht een legitieme inbreuk te zijn.

Onder welke omstandigheden legt het belang van de gedaagde op bescherming van zijn privacy en persoonlijke levenssfeer (*the right to enjoy life*)⁵ meer gewicht in de schaal dan het recht op toegang tot de rechter van de eiser? Met andere woorden, wanneer is het gebruik van de bevoegdheid te procederen zo onterecht dat er sprake is van misbruik van procesrecht en men helemaal niet aan de uitoefening van deze bevoegdheid kan toekomen? Om een antwoord te geven op deze vragen zal ik eerst de grenzen schetsen waarbinnen het uitoefenen van processuele bevoegdheden zich afspeelt en inzicht geven aan de hand van welke criteria de rechtmatigheid van de uitoefening getoetst wordt. Vervolgens zal ik enkele instrumenten uit binnen- en buitenland bespreken die beogen misbruik van procesrecht te voorkomen, waarbij ik met name het uitvaardigen van preventieve verboden om te procederen zal belichten.

Bij de bespreking van misbruik van processuele bevoegdheden dient onderscheid te worden gemaakt tussen processuele bevoegdheden tijdens een proces, de wijze waarop partijen zich opstellen tijdens een procedure, en het recht om te procederen zelf. Het misbruik van bevoegdheden tijdens de procedure zal ik hier niet verder behandelen.⁶ Het misbruik van het procesrecht door het procederen *an sich* zal de rode draad vormen in deze bijdrage, met name het misbruik door querulanten, personen met een ziekelijke klaagzucht die een gewoonte maken van het aanhangig maken van vexatoire procedures, procedures met geen ander doel dan het kwellen van de gedaagde.

14.2 De beperking van het recht op toegang tot de rechter

In de Nederlandse Grondwet is geen algemeen recht op toegang tot de rechter opgenomen.⁷ Het ligt impliciet besloten in artikel 17 Grondwet dat uitgelegd dient te worden overeenkomstig de uitleg die gegeven is aan artikel 6

5 S.D. Warren e.a., 'The Right to Privacy', *Harvard Law Review* 1890/5, p. 193.

6 Ik verwijs naar de bijdrage van Ilja Tillema elders in deze bundel.

7 Zie ook: A.C.M. Rijnen, 'Niet in de Grondwet opgenomen grondrechten', in: A.K. Koekkoek e.a., *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 506 e.v., T. Barkhuysen e.a., *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?* Deventer: Kluwer 2009, p. 9.

EVRM dat ziet op het recht op *fair trial*.⁸ In het recht op *fair trial* ligt het recht op toegang tot de rechter besloten. Dit is bepaald door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in 1975 in de zaak *Golder v. Verenigd Koninkrijk*. In ditzelfde arrest bepaalde het EHRM dat er omstandigheden zijn waaronder het recht op toegang tot de rechter kan worden beperkt nu het geen absoluut recht is. Aan de staten komt hierbij een zekere beoordelingsruimte toe waarbij de toegepaste beperkingen het recht op toegang niet aan mogen tasten, er sprake moet zijn van een legitiem doel en er een evenredigheid moet zijn tussen de gehanteerde middelen en het beoogde doel.⁹ De beperking mag niet zo ver gaan dat het recht op toegang in zijn kern wordt geraakt.¹⁰ Toegestaan is bijvoorbeeld het eisen van zekerheid voor een mogelijke proceskostenveroordeling in hoger beroep.¹¹ Aangenomen is ook dat het geoorloofd is om van psychiatrische patiënten te eisen dat zij aantonen dat er substantiële gronden zijn voor het instellen van een vordering tegen personeel van de instelling waar zij verblijven.¹² Een van de legitieme doelen voor de beperking van het recht op toegang tot de rechter in de vorm van een openbare zitting is de '*Proper administration of justice*'.¹³ Het stellen van aanvullende eisen aan de toegang tot de rechter kan zich klaarblijkelijk uitstekend verdragen met artikel 6 EVRM.

14.3 Het belangcriterium in artikel 3:303 BW

Een van de meest basale eisen van het recht op toegang tot de rechter is dat het belang van de eiser voldoende moet zijn om de rechtsvordering in te stellen en te rechtvaardigen. Het voeren van een proces dient behalve een goed overwogen beslissing een ultimatum remedium te zijn voor partijen,

8 J.G.J. Rinkes e.a., *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, 22e druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 172, vergelijk: A.S. Rueb e.a., *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23 ('de toegang tot de rechter is vastgelegd in art. 17 Grondwet').

9 EHRM, 21 februari 1975, NJ 1975, 462 (*Golder v. Verenigd Koninkrijk*), par. 38. Zie over de proportionaliteit van de ingezette middelen o.a. EHRM 21 september 1994, NJ 1995, 463, EHRM 22 mei 1984, serie A, vol. 102 § 194 (*Lithgow*), EHRM 27 augustus 1991, serie A, vol. 294-b § 65 (*Philis*).

10 EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114 (*Winterwerp*).

11 EHRM 13 juli 1995, NJ 1994, 544 (*Tolstoy Miloslavsky*).

12 EHRM 28 mei 1985, NJ 1991, 623 (*Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk*), § 53-57 en 59. (De betreffende bepaling in de 'Mental Health Act 1959' § 141 (2) is in 1983 afgezwakt tot alleen de eis dat toestemming nodig is van het Hoogerechtshof alvorens een vordering in te kunnen stellen.)

13 ECRM 12 maart 1976, (partial decision) case 6916/75 (X, Y, Z v. Zwitserland), zie § 1-3.

proefprocessen daargelaten.¹⁴ Het proces is ‘een middel om tot een bepaald doel te komen; namelijk het verkrijgen van een gunstige uitspraak van de rechter, niet een doel op zich’.¹⁵ Kan een proces op voorhand niet tot dit doel leiden dan is de procedure kansloos en is er geen sprake van een voldoende belang.¹⁶ Het voldoendebelangcriterium blijkt expliciet uit artikel 3:303 BW. Deze regel wordt ook wel aangeduid met ‘*point d’intérêt, point d’action*’ (geen belang, geen actie).¹⁷ De wetgever heeft hiermee een evenredigheids criterium geïntroduceerd waarbij de belangen van de betrokken partijen, de eisen van de behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen afgewogen worden. De uitoefening van de bevoegdheid dient in de eerste plaats op een redelijk motief gebaseerd te zijn. Een gesteld belang is als redelijk te beschouwen wanneer ‘het door een normaal mens als behartenswaardig zal worden beschouwd’.¹⁸ Hoewel zowel aan het begin van de procedure als achteraf getoetst kan worden of sprake is van voldoende belang, leent dit criterium zich met name voor toetsing aan het begin van de procedure door de rechter nu de eiser al in de dagvaarding zijn eis en de gronden daarvan moet vermelden. Aan de hand van deze vermelding kan summierlijk bepaald worden of de eiser voldoende belang heeft. Summierlijk omdat het slechts gaat om door de eiser gestelde gronden; of deze stand zullen houden moet nog blijken. Preventieve toetsing ter voorkoming en sanctionering van onnodige procedures in de zin van toetsing voor het aanhangig maken van de procedure maakt geen onderdeel uit van het Nederlandse procesrecht.¹⁹ Bij de beoordeling van het belangcriterium heeft de rechter ambtshalve te letten op de eisen

- 14 Zie ook: Gedragsregels 1992, regel 3: ‘De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces’, anders: W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe Balans, Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 93.
- 15 N. Okma, *Misbruik van Recht*, Wageningen: Gebr. Zomer en Keunings Uitg. mij. 1945, nr. 83.
- 16 Zie bijv. HR 23 februari 2001, *LJN ABO197*, (*Hecron v. X*): ‘niet kan worden gezegd dat de desbetreffende vordering op voorhand kansloos is; in dat laatste geval zou Hecron belang bij haar klacht missen’.
- 17 Parl. Gesch. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Van Zeben e.a. Deventer: Kluwer 1981, p. 915.
- 18 Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 1985, nr. 19, p. 46.
- 19 Zie: W. Grosheide, ‘Het recht om niet in rechte betrokken te worden’, in: R.J.C. Flach, *Amice: Rutgers-bundel: opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan Prof. Mr. G.R. Rutgers, ter gelegenheid van zijn afscheid van de Rijks-universiteit Groningen*, p. 124, die aanleiding ziet om na te gaan hoe tijdig kan worden gesanctioneerd. Zie ook: W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe Balans, Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 93: ‘de vergeten voorfase van de procedure’.

van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen.²⁰ In het algemeen zal voldoende belang van de eiser worden verondersteld.²¹ In zijn conclusie van antwoord kan de gedaagde een beroep doen op het gebrek aan belang waardoor tijdens de comparitie na antwoord nader bekeken kan worden of er daadwerkelijk sprake is van voldoende belang van de eiser. In de conclusie van antwoord moet de gedaagde wel in ieder geval iets van inhoudelijk verweer voeren voor het geval het beroep op gebrek aan belang afgewezen wordt en gedaagde zijn inhoudelijke verweer verder aan moet vullen (art. 128 lid 3 Rv). Het voorbereiden van het inhoudelijke verweer kost logischerwijs tijd en dus ook geld. Zou de gedaagde geen inhoudelijk verweer voeren in zijn conclusie van antwoord en de rechter het beroep op gebrek aan belang afwijzen, dan zou dit als gevolg hebben dat gedaagde geen inhoudelijk verweer meer mag voeren omdat er geen sprake zou zijn van het aanvullen van het inhoudelijke verweer in de conclusie van antwoord. Wanneer de rechter vaststelt dat er inderdaad geen voldoende belang is, leidt dat tot niet-ontvankelijkheid van de eiser in zijn eis.²²

14.4 Gebrek aan belang in artikel 3:13 BW

Procederen zonder recht of belang of in strijd met de goede procesorde maakt niet altijd dat er sprake is van misbruik van procesrecht. Wie in het ongelijk wordt gesteld door de rechter heeft in beginsel niet onrechtmatig gehandeld door de procedure aanhangig te maken. Het ontbreken van voldoende belang kan onder omstandigheden wel leiden tot de conclusie dat sprake is misbruik van bevoegdheid. Zo is dat bijvoorbeeld het geval bij juridische *stalking*; het alsmaar aanhangig maken van nieuwe procedures die niet bijdragen aan de oplossing van de conflicten tussen partijen.²³ De gronden voor het aannemen van gebrek aan belang dat misbruik van bevoegdheid met zich meebrengt, zijn opgenomen in artikel 3:13 BW, waarin

20 Parl. Gesch. Boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, Van Zeben e.a. Deventer: Kluwer 1981, p. 916.

21 Parl. Gesch. Boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, Van Zeben e.a. Deventer: Kluwer 1981, p. 915.

22 Bijv. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 354 (*De Pater/ Tekstra*), niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang (ontbindende voorwaarde en kruisraketten). Vgl. B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig ageren', *BW-Krant Jaarboek 17*, Deventer: Kluwer, p. 40: '(...) dat door (...) niet-ontvankelijkverklaring misbruik van bevoegdheid is voorkomen'.

23 Rb. Almelo 14 augustus 2002, NJ 2002, 491, waar het 14e geding werd aangespannen over dezelfde materie, Rb. Arnhem (vzr.) 22 november 2004, LJN AS2647, waar misbruik van bevoegdheid is aangenomen wegens het driemaal instellen van kort geding op identieke gronden.

de aard van de bij de uitoefening van de bevoegdheid betrokken belangen centraal staat. Buiten het vermogensrecht vindt artikel 3:13 BW ook toepassing op grond van artikel 3:15 BW, waarmee de toets van toepassing is op procesrechtelijke bevoegdheden. Artikel 3:13 lid 1 BW bepaalt dat 'degene aan wie een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen, voor zover hij haar misbruikt'. In lid 3 staat dat er bevoegdheden zijn die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt. Het gaat dan om bevoegdheden waarvan de uitoefening geheel is overgelaten aan het vrije oordeel van degene aan wie de bevoegdheid is toegekend.²⁴ Nu van procesrechtelijke bevoegdheden in het algemeen aangenomen wordt dat deze doelgebonden zijn,²⁵ brengt dit met zich mee dat procesrechtelijke bevoegdheden vatbaar zijn voor misbruik.²⁶

Een belangrijke, niet uitputtende opsomming van gevallen waarin misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt, staat in lid 2, dat bepaalt dat:

'een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden (1) of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend (2) of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefeningen en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen (3).'²⁷

Deze drie gevallen zal ik hier opeenvolgend bespreken.

- 24 Reehuis e.a. (red.), *Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 Vermogensrecht in het Algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1040.
- 25 O.a. P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 1985, nr. 13, p. 33, E.M. Meijers, 'Misbruik van recht en wetsontduiking' in: *Verzamelde Privaatrechtelijke opstellen van prof. Mr. E.M. Meijers, eerste deel: algemene onderwerpen, totstandkoming, wijziging en herziening van het Burgerlijk Wetboek, huwelijksgoederenrecht, erfrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 62-89, P. Taelman, 'Gebruik en misbruik van procesrecht', *TvPr.* 1988, nr. 3 (p. 91), F. van Neste, 'Misbruik van recht', *TvPr.* 1967, nr. 339 (p. 357), B.T.M. van der Wiel, *De Rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 90, 91. Anders M.E. Storme, 'De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht', *TvPr.* 1990, nr. 9, p. 335-543. Vergelijk: N. Okma, *Misbruik van Recht*, Wageningen: Gebr. Zomer en Keunings Uitg. mij. 1945, nr. 84: 'Men procedeert niet om te procederen. Het proces is steeds een middel om te geraken tot een doel.'
- 26 Evenzo: B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig procederen', *WPNR* 2005, 6618, A-G Huydecoper in conclusie bij HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353, (11-12).
- 27 Zie ook Reehuis e.a. (red.), *Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 Vermogensrecht in het Algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1038: 'van veel meer belang dan het eerste lid is het tweede lid, dat de gevallen opsomt waarin van een bevoegdheid misbruik wordt gemaakt'.

Het proces dat geen ander doel heeft dan het kwellen van de wederpartij, het vexatoire proces, is een voorbeeld van de eerste grond. Het zal echter in de praktijk moeilijk aan te tonen zijn dat het subjectieve doel van de wederpartij slechts het toebrengen van schade is.²⁸ Bovendien kan de uitoefening van de bevoegdheid meerdere doelen tegelijk dienen, de partij die de bevoegdheid uit wil oefenen, zal niet louter het doel hebben om te schaden maar zal tevens een ander doel nastreven.²⁹ Dit andere doel van de uitoefening van een bevoegdheid kan bijvoorbeeld de toewijzing van een vordering zijn. In de praktijk komt beoordeling op alleen deze grond nauwelijks voor. In de literatuur wordt waarschijnlijk ook om deze reden bij de bespreking van de benadelingsbedoeling stevast één arrest aangehaald van de Hoge Raad uit 1959.³⁰ Hoewel het arrest voor de invoering van artikel 3:13 BW is gewezen, is het van belang voor de invulling van de benadelingsbedoeling zoals die later is opgenomen in lid 2 van artikel 3:13 BW. Het arrest betrof het instellen van hoger beroep door de echtgenoot in een echtscheidingsprocedure op het laatst mogelijke moment, wat in dat geval met zich meebracht dat de vordering tot levensonderhoud van de vrouw niet kon worden toegewezen.³¹ De Hoge Raad oordeelde dat ‘dit gebruik van het rechtsmiddel van hoger beroep, opzettelijk eerst in de laatste ogenblikken van den beroepstermijn is ingesteld met geen ander doel dan om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang (...) de niet-ontvankelijkheid (...) te bewerken, (...)’.³²

Het gebruik van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, de tweede grond van misbruik van bevoegdheid, zal in het procesrecht vaker voorkomen.³³ Nu procesrechtelijke bevoegdheden voor

28 D.J. van der Kwaak, ‘Kan procederen onrechtmatig zijn?’, *WPNR* 2002, 6500, p. 580, noemt als voorbeeld waarin dit wel mogelijk is het ‘bedrijf dat openlijk te kennen geeft (...) dat het een branchegenoot (...) zal gaan “stuk” procederen’.

29 N. Okma, *Misbruik van Recht*, Wageningen: Gebr. Zomer en Keunings Uitg. mij, 1945, nr. 83, wijst erop dat onderzoek naar de subjectieve oogmerken bijzondere moeilijkheden oplevert. Van veel grotere betekenis acht hij het objectieve rechtsmisbruik, het gebruik der rechtsvordering zonder (redelijk) belang. Evenzo: E.J.H. Schrage, *Monografieën BW, Misbruik van Bevoegdheid*, p. 11, D.J. van der Kwaak, ‘Kan procederen onrechtmatig zijn?’, *WPNR* 2002, 6500, p. 580 en B.T.M. van der Wiel, ‘Onrechtmatig procederen’, *WPNR* 2005, 6618.

30 HR 26 juni 1959, *NJ* 1961, 553.

31 De vordering tot levensonderhoud kon ten tijde van het arrest alleen worden toegewezen aan degene ten gunste van wie de echtscheidingsvordering was toegewezen, i.c. de man.

32 W.L. Haardt, *Fair Play in het burgerlijk geding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1958, p. 14, meent dat de uitspraak onjuist is en op grond van onrechtmatige daad afgedaan had moeten worden, nu er sprake is van ‘boos opzet’.

33 Zie: HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 148, voor toepassing van dit criterium met betrekking tot het huurrecht.

specifieke doelen zijn gegeven, maakt degene die deze rechten gebruikt voor een ander doel, er misbruik van. Ook hier geldt dat subjectieve bedoelingen moeilijk te bewijzen zijn. Het leggen van beslag met het doel de schuldenaar te bewegen tot betaling is een voorbeeld waarin het schijnbare doel de uiteindelijke uitwinning van het vermogen van de schuldenaar is, terwijl het in werkelijkheid vaak de bedoeling zal zijn om de schuldenaar onder de dreiging van het beslag te bewegen tot het betalen van zijn schuld. De bevoegdheid tot het leggen van beslag wordt in zo'n geval gebruikt als pressiemiddel en wordt dus feitelijk gebruikt met een ander doel dan waarvoor deze gegeven is. Of sprake is van misbruik van procesrecht zal afhangen van de omstandigheden van het geval.³⁴ Wordt de bevoegdheid gebruikt om meer te verkrijgen dan waar men recht op heeft, dan is het gebruik van de bevoegdheid niet te rechtvaardigen en zal al snel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid. In het geval een schuldenaar pas onder dreiging van een procedure geneigd is te betalen, is het gebruik zeer wel te rechtvaardigen.³⁵ Komt echter vast te staan dat een procedure in het geheel niet wordt gevoerd om een eigen gepretendeerd recht vastgesteld te krijgen en dus uitsluitend voor een ander doel wordt gehanteerd, dan is de pressie ongeoorloofd en is er sprake van misbruik.³⁶ Ook het willens en wetens instellen van een ongegrond beroep met geen ander doel dan uitstel van executie van een niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis zal hieronder vallen. In dergelijke gevallen wordt er beroep gedaan op een formele en schijnbare bevoegdheid ter rechtvaardiging van een handelwijze die door de bevoegdheid niet wordt gedekt.³⁷

Wanneer niet is aangenomen dat een bevoegdheid wordt gebruikt met geen ander doel dan te schaden en de uitoefening van de bevoegdheid niet buiten het doel van die bevoegdheid valt, kan getoetst worden aan de derde grond van misbruik van bevoegdheid, het onevenredigheids criterium. Dit bepaalt dat alleen dan sprake is van misbruik van bevoegdheid als 'men in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat:

-
- 34 In 1913 reeds benadrukt door V.G.A. Boll, *Misbruik van Recht*, Utrecht: Oosthoek 1913, p. 103.
 - 35 H.J. Snijders e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 11, spreken in dit kader van de 'bedreigingsfunctie' van het burgerlijk procesrecht en kennen deze een 'groot preventief belang' toe.
 - 36 D.J. van der Kwaak, 'Kan procederen onrechtmatig zijn?', *WPNR* 2002, 6500, p. 581.
 - 37 S. Gerbrandy, 'Gebruik en misbruik van procesrecht', *Advocatenblad* 15 juni 1959, p. 363.

‘op alle betrokken belangen (...) die men schaad, moet worden gelet, (...) het inroepen van door de wet toegekende bevoegdheden geeft geen absolute vrijbrief om te schaden’ terwijl ‘eerst dan een misbruiken van (...) bevoegdheid aanwezig is, wanneer geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen.’³⁸

Toepassing van dit criterium komt veelvuldig voor.³⁹ Met het meewegen van de ernst van de schade, die men aan de belangen van anderen toebrengt, is het onevenredigheids criterium een verdere toepassing van het belangcriterium in artikel 3:303 BW.⁴⁰ Ook in die gevallen waarin er een redelijk motief is voor uitoefening van de bevoegdheid en er behartenswaardige belangen zijn aan de kant van de actor kan het door toepassing van het onevenredigheids criterium zo zijn dat de actor toch niet tot uitoefening van zijn bevoegdheden kan komen omdat zijn belang in verhouding tot de te schaden belangen van anderen niet voldoende is.

Tegen dreigend onrechtmatig gedrag, kan ook via een verbodsactie op grond van artikel 3:296 lid 1 BW worden opgekomen. De preventieve toetsing van de uitoefening van een bevoegdheid aan de criteria van misbruik van bevoegdheid kan ertoe leiden dat aan de uitoefening van de bevoegdheid niet wordt toegekomen. De toetsing van het onevenredigheids criterium zal echter meestal achteraf plaatsvinden wanneer alle feiten en omstandigheden bekend zijn en beoordeeld kan worden of sprake is (geweest) van een onevenredigheid tussen de belangen van eiser en gedaagde. De gedaagde heeft dan al kosten gemaakt door te verschijnen in de procedure en rest hem niets dan het eisen van schadevergoeding.

Wordt misbruik van bevoegdheid op grond van een van de criteria van artikel 3:13 BW vastgesteld en is voldaan aan de eisen van artikel 6:162 BW dan levert dat een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad

38 Reehuis e.a. (red.), *Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 Vermogensrecht in het Algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1040.

39 Zie bijv. HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 411, Rb. Almelo 14 augustus 2002, NJ 2002, 491, Hof Amsterdam (vzr.) 14 december 2004, NJF 2005, 27, Rb. Zwolle 12 september 2006, LJN AZ6518 en Hof Amsterdam 14 september 2006, LJN AZ5437.

40 P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 1985, nr. 19, p. 45, Reehuis e.a. (red.), *Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 Vermogensrecht in het Algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 10389. Vgl. P. Snijders e.a., *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 66 en N. Okma, *Misbruik van Recht*, Wageningen: Gebr. Zomer en Keunings Uitg. mij. 1945, nr. 84.

op.⁴¹ Gedaagde kan in dat geval een volledige kostenvergoeding eisen.⁴² Wanneer geen sprake is van onrechtmatig handelen van de in het ongelijk gestelde partij komen alleen de proceskosten voor vergoeding in aanmerking. De beperkende werking van artikel 241 Rv, dat de te vergoeden kosten beperkt tot de proceskosten, staat niet in de weg aan een volledige kostenveroordeling in het geval misbruik van procesrecht en een onrechtmatige daad zijn vastgesteld.⁴³ Met proceskosten worden hier die kosten bedoeld die zijn ontstaan door het voeren van een rechtmatig proces. Proceskosten die gemaakt zijn door de onrechtmatige daad van de eiser, het aanvangen van een onrechtmatig proces, vallen hier niet onder.⁴⁴ Het verkrijgen van een executoriale titel om deze kosten vergoed te krijgen via een nieuw proces en vervolgens het verhalen van die kosten op de wederpartij is echter weinig aantrekkelijk. De kosten in tijd, geld en moeite, kunnen een onoverkomelijke drempel zijn om de veroorzaakte kosten te verhalen. De noodzaak om eerst een nieuwe procedure aan te moeten spannen kan naar Frans⁴⁵ voorbeeld verholpen worden door een reconventionele schadevordering in te stellen op grond van misbruik van recht en onrechtmatige daad, waarbij niet vergeten mag worden dat, in tegenstelling tot het Franse proces, de eis 'dadelijk bij het antwoord' moet worden ingesteld (art. 137 Rv).

Een andere oplossing kan mogelijk gevonden worden in de mogelijkheid van de rechter tot het laten van de nodeloos gemaakte proceskosten aan de partij die deze aanwendde of veroorzaakte (art. 237 lid 1 Rv laatste volzin).⁴⁶ Nu alle door de onrechtmatig gedaagde gemaakte proceskosten

- 41 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 353, r.o. 3.3., zie ook conclusie van A-G Huydecoper (11-19).
- 42 HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651 (*Vaston/ Smith*), waar de reconventionele schadevordering is afgewezen wegens het aanvoeren van een ondeugdelijke grondslag nu 'geen feiten zijn vastgesteld waaruit aansprakelijkheid op een andere grond dan de art. 237 en 242 Rv (56 en 57 Rv oud) – inzake proceskosten – zou volgen'.
- 43 Reehuis e.a. (red.), *Parl. Gesch. invoering Boek 3, 5 en 6, Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36 (laatste regel).
- 44 R.J. Polak, 'Misbruik van procesrecht', *NJB* 1941, p. 774-775, B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig ageren', *BW-Krant Jaarboek 17*, Deventer: Kluwer, p. 35.
- 45 *Juris Classeur Procédure Civile*, Fasc. 132: 'Demandes reconventionnelles: 'Il n'est pas rare qu' au cours d' un procès soit formée une demande reconventionnelle' en artikel 64 Code de Procédure Civile. Zie ook: W.H. Heemskerk, *De eis in reconventie*, Den Haag: Vuga Boekerij 1972, p. 309.
- 46 B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig procederen', *WPNR* 2005, 6618, p. 36 meent dat dit kan dienen als sanctie op misbruik van procesrecht, vergelijk: E.M. Wesseling-van Gent, *De kosten van een procedure*, Deventer: Kluwer 1993, p. 13 e.v. Zie over het verschil tussen 'laten' en 'brengen' o.a.: W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, Den Haag, Martinus

odeloos zijn gemaakt, kan de schade bestaande uit de (reële) proceskosten dus direct door de rechter worden toegewezen in het vonnis waarin onrechtmatigheid wordt vastgesteld.⁴⁷ De vraag moet wel gesteld worden in hoeverre de toewijzing van deze kosten verwacht kan worden van de rechter.⁴⁸

14.5 Procedeerverbod

Het via een nieuwe procedure verhalen op de wederpartij van de schade geleden in een vexatoire procedure is geen aantrekkelijke oplossing. Preventieve toetsing aan de hand van het belang- of onevenredigheids criterium is evenmin een doeltreffende remedie gebleken. Om deze reden neig ik ertoe meer belang te hechten aan het voorkomen van onnodige procedures. Ter voorkoming van wederkerend onheil kan blijkens jurisprudentie aan de eiser een verbod opgelegd worden om verdere procedures te starten tegen gedaagde, nu er

‘geen wetsbepaling valt aan te wijzen die eraan in de weg staat dat een verbod kan worden uitgesproken tot het aanhangig maken van een procedure, indien overigens is voldaan aan de eisen die worden gesteld aan het constateren van een (dreigende) onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 jo art. 3:13 BW.’⁴⁹

Het betrof het geval waarin vier procedures waren begonnen op identieke gronden. Een dergelijk verbod vertoont grote gelijkenis met het Common Law instrument van de *antisuit injunction*. Met een beroep op dit rechtsmiddel kan een partij de rechter verzoeken om de tegenpartij een verbod op te leggen om een procedure aan te spannen of een gebod om een reeds aanhangige procedure te staken. Er zijn in de Franse jurisprudentie signalen te herkennen dat ook in Frankrijk behoefte is aan een dergelijke verbodsmogelijkheid.⁵⁰ Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap

Nijhof 1945 en Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering, Kluwer, art. 237 Rv, aant. 9.

47 Rb. Haarlem (vzr.) 4 februari 2003, *IER* 2003, 34.

48 Ook: W.L. Haardt, *Fair Play in het burgerlijk geding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1958, p. 9, die opmerkt: ‘Dat men zich van de afschrikwekkende werking van deze sanctie niet te veel mag voorstellen is duidelijk.’

49 Rb. ’s Gravenhage, 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597 (*Medinol v. Codis*), rov. 12. Zie ook: Rb. Almelo, 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491, Hof Amsterdam (vzr.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27.

50 Cour de Cassation Première Chambre Civile, woensdag 14 oktober 2009, numéro d’affaire 08-16.550, (*In Zone Brands Europe*) erkenning in Frankrijk van Amerikaanse injunction, en Cour de Cassation Première Chambre Civile,

pen (HvJ EG) heeft in de zaak *Turner/Grovit* beslist dat *antisuit injunctions* onverenigbaar zijn met de Brussel I Verordening vanwege de strijdigheid met de beginselen van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten.⁵¹ Een Nederlands verbod aan een partij om te procederen in een andere lidstaat is dus uitgesloten, een nationaal verbod niet.

Het uitvaardigen van dit soort verboden op vervolgprocedures door een Nederlandse rechter is zeldzaam. Bovendien is onbekend wat nu te doen met procedures die veeleisende partijen instellen tegen anderen. Zoals R.J. Polak in 1941 al opmerkte, heeft de bestudering van het misbruik van procesrecht ‘niet te doen met voor ieder land specifieke omstandigheden, welke specifieke regelingen vereisen, doch (...) (met) een overal geheel eender probleem’.⁵² Beide uitstekende redenen om eens te kijken naar verschillende mogelijke oplossingen voor soortgelijke problemen. Een van de meest vergaande maatregelen ben ik tegengekomen in de Verenigde Staten. Om deze reden bespreek ik hier enkele processuele mogelijkheden in de Verenigde Staten.

14.6 Verenigde Staten

Het procesrecht verschilt in de Verenigde Staten per staat maar in de meeste staten zijn de regels overgenomen van de Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), de procesregels die gelden in federale rechtbanken.⁵³ De FRCP verplicht partijen om al aan het begin van de procedure hun bewijsmiddelen over te leggen (rule 26 (a) (1) jo (f) FRCP).⁵⁴ Het is niet vereist dat gedaagde na ontvangst van de dagvaarding direct antwoordt en ingaat op de merites van de zaak. Rule 12 (b) FRCP bepaalt dat het mogelijk is om bepaalde exceptieve weren bij ‘*motion to Dismiss*’ in te dienen. Door het aanvoeren van het verweer via de ‘*motion to Dismiss*’ is de rechtbank gehouden om eerst in te gaan op het procedurele verweer, waarbij de recht-

19 november 2002 (*Banque Worms v. Epoux Brachot*), J.C.P. 2002.II, 10 201, m.nt. Chaillé de Néré, D.2003.797, uitvaardiging door Franse rechter van een ‘freezing order’. Zie ook: H. Miur Watt, ‘Injunctive Relief in the French Courts: A Case of Legal Borrowing’, *The Cambridge Law Journal* 2003, p. 573-576, waar met enige verbazing wordt opgemerkt hoe eenvoudig de traditionele *Civil Law* bezwaren tegen *antisuit injunctions* opzij worden gezet door zowel de Nederlandse als de Franse rechter.

51 HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02 (*Turner v. Grovit*), het arrest is gewezen onder het EEX-verdrag, de voorloper van de Brussel I verordening (44/2001). Ook wanneer arbitrage is overeengekomen kan het verbod niet uitgevaardigd worden: HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-185/07 (*Allianz v. West Tankers*).

52 R.J. Polak, ‘Misbruik van procesrecht’, *NJB* 6 december 1941, nr. 42, p. 773.

53 W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of United States*, third edition 2003, West Group, p. 225.

54 Zie rule 26 (a) (1) (B) FRCP voor de gevallen die uitgesloten zijn van deze plicht.

bank er bij de beoordeling van de motie van uit dient te gaan dat alle feiten en bewijsmiddelen naar waarheid zijn aangebracht door partijen.⁵⁵ Dit lijkt een interessante mogelijkheid om reeds aan het begin van de procedure te toetsen of de aangevangen procedure levensvatbaar is. Een van de exceptieve weren genoemd in rule 12 (b) FRCP is de *'failure of the plaintiff to state a legal claim'*, wat inhoudt dat de eis niet toewijsbaar is op basis van de gestelde feiten en juridische grondslag.⁵⁶ Rechtsvorderingen gebaseerd op een andere rechtsgrond dan die welke de feiten ondersteunen en ook de niet gestelde rechtsvordering waar de feiten wel op duiden, moeten door de gedaagde ontzenuwd worden, wil de motion to dismiss toegewezen kunnen worden.⁵⁷ De beoordeling van de eis beperkt zich niet tot de letterlijke tekst van de dagvaarding maar omvat ook de beoordeling van alle ingebrachte bewijsmiddelen die niet door de partijen betwist zijn en andere stukken die in het proces gebracht zijn.⁵⁸ De rechtbank moet de eis dus in zijn geheel beoordelen, waarbij in het bijzonder gelet dient te worden op documenten waar in de aanklacht naar verwezen is.⁵⁹ Eerst na de beslissing van de rechtbank op deze weren is de gedaagde gehouden om te antwoorden en in te gaan op de merites van de zaak. Wordt het procedurele verweer in zijn geheel gegrond verklaard dan komt de gedaagde eenvoudigweg niet toe aan het indienen van zijn antwoord in deze zaak. Als de motie niet wordt aangenomen dan zal de gedaagde toch moeten antwoorden en in moeten gaan op de merites van de zaak. Wanneer de procedure is aangespannen door een querulant zal het lastig zijn om met deze *tools* een onnodig proces al aan het begin te eindigen. De eiser zal de mogelijkheid geboden moeten worden om te herstellen tenzij herstel niet mogelijk is. Bovendien moet de gedaagde aannemelijk maken dat geen enkele van de vorderingen in de eis toewijsbaar is.⁶⁰

55 Zie o.a: *Higginbotham v. Public Service Com'n of Maryland*, 171 Md.App. 254, 909 A.2d 1087 (Md.App.,2006), *Rossaki v. NUS Corp.*, 116 Md.App. 11, 695 A.2d 203 (Md.App., 1997).

56 Zie: *In re New Century TRS Holdings, Inc.*, 423 B.R. 467 (Bkrcty.D.Del., 2010). *Kline v. Nationsbank of Virginia, N.A.*, 886 F.Supp. 1285, E.D.Va., 1995.

57 *Saunders v. Cariss*, 224 Cal.App.3d 905, 274 Cal.Rptr. 186, Cal.App. 4 Dist., 1990.

58 Vergelijk: *Arturet-Velez v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 429 F.3d 10, C.A.1 (Puerto Rico), 2005, waar de onderliggende processtukken impliceerden dat de feiten in werkelijkheid anders waren en deze informatie in de beoordeling van de *motion to dismiss* is betrokken.

59 Zie: *Tellabs, Inc. v. Makor Issues & Rights, Ltd.*, 551 U.S. 308, 127 S.Ct. 2499, U.S., 2007. *Cruz v. Melecio*, 204 F.3d 14, C.A.1 (Puerto Rico), 2000.

60 K. Franich, 'Extracting the Thorn from your clients's side: pro per litigants and the California Vexatious Litigant statutes', *Orange County Lawyer*, november 2008, vol. 38.

Rule 11 bepaalt dat partijen door het indienen van enig processtuk verklaren dat het indienen niet plaatsvindt op onbehoorlijke gronden, zoals het kwellen (*harass*) van de wederpartij en dat er voldoende ondersteunend bewijs is om de gestelde feiten aan te tonen, of dat het aannemelijk is dat er voldoende bewijs zal zijn na een redelijke mogelijkheid om verder te onderzoeken of na een *discovery* (*rule 11 (b) FRCP*). Een *discovery* procedure biedt partijen de mogelijkheid om van eenieder, inclusief de wederpartij, die relevante informatie over de zaak heeft, te verlangen dat deze daar over onder ede zal verklaren. Doordat de *discovery* veel nieuwe informatie aan het licht kan brengen, is er daarna nog een tweede mogelijkheid om te beoordelen of de eiser voldoende bewijs heeft voor zijn vorderingen en kan voldoen aan de eisen van *rule 11*. Gezien het grote belang van de *discovery* en de bijna eindeloze hoeveelheid getuigen die gehoord kunnen worden, kan het een tijdrovend proces zijn. De gedaagde moet de stellingen van de eiser gemotiveerd betwisten; de ontkenning moet onderbouwd worden door bewijs of juist door het ontbreken hiervan (*rule 11 (b) (4) FRCP*). Als de rechtbank vaststelt dat niet is voldaan aan de eisen van *rule 11* kan ambtshalve aan de advocaat, diens kantoor, of de partij die de regel heeft geschonden of die daarvoor verantwoordelijk is, een ‘*appropriate sanction*’, waaronder vergoeding van de advocaatkosten, opgelegd worden. De wederpartij kan hier ook om verzoeken (*rule 11 (c) (2) FRCP*). Hoewel het niet nodig is door middel van het aanspannen van een nieuwe procedure de schade te verhalen, zoals in het Nederlandse proces meestal het geval zal zijn, geldt onverkort dat het verhalen van toegekende kosten wel een probleem kan zijn.

De tijdrovende *discovery* en de moeilijk te verhalen kosten maken dat in vexatoire procedures de sanctie van *rule 11* minder geschikt is om al vroeg in de procedure een einde te maken aan het geschil.⁶¹

Is de *motion to dismiss* niet gegrond verklaard en heeft een *discovery* plaatsgevonden dan is er nog een tweede mogelijkheid om de gegrondheid van de eis te beoordelen (*rule 56 (c) (2) FRCP*). Wanneer het waarheidsgehalte van de feiten tussen partijen niet ter discussie staat kan verzocht worden om een *summary judgment*. De rechter kan dan bijvoorbeeld oordelen over alleen de ontvankelijkheidsvraag of juist alleen over de aansprakelijkheidsvraag. Bij de beoordeling van de eis in een vexatoire procedure zal de gedaagde weinig geholpen zijn met dit instrument, nu het verzoek pas na de *discovery* gedaan kan worden en het waarheidsgehalte van de gestelde feiten veelal ter discussie zal staan tussen partijen.

De standaardveroordeling in de (geliquideerde) proceskosten zoals het

61 K. Franich, ‘Extracting the Thorn from your clients’s side: pro per litigants and the California Vexatious Litigant statutes’, *Orange County Lawyer*, November 2008, vol. 38.

Nederlandse procesrecht kent, bestaat in de Verenigde Staten niet.⁶² Uitgangspunt is dat advocaatkosten door partijen worden gedragen, althans voor zover de procedure te goeder trouw aanhangig is gemaakt en er geen specifieke bepalingen zijn die het toekennen van advocaatkosten mogelijk maken.⁶³ Indien het toekennen van advocaatkosten mogelijk is, is vereist dat de kosten daadwerkelijk door een advocaat zijn gemaakt en niet door een partij die zonder procesvertegenwoordiging optreedt. De verplichte procesvertegenwoordiging zoals in het Nederlandse civiele proces bestaat voor zaken die niet onder de sector kanton van de rechtbank vallen, bestaat in de Verenigde Staten niet. Een procespartij heeft wel het recht zich te laten vertegenwoordigen maar is hiertoe niet verplicht.⁶⁴ Voor de sector kanton (*small claims court*) gelden in sommige staten uitzonderingen met betrekking tot het recht om zich te laten vertegenwoordigen. Zo is in California procesvertegenwoordiging voor de sector kanton uitgesloten.

Wanneer procesvertegenwoordiging niet is uitgesloten, mag een partij die zonder vertegenwoordiging optreedt niet het efficiënte verloop van het proces verstoren. In dat geval kan de rechtbank de partij gebieden om zich alsnog te laten vertegenwoordigen.⁶⁵

Slechts wanneer er specifieke bepalingen zijn voor het toekennen van advocaatkosten kan de rechtbank besluiten deze toe te kennen.⁶⁶ Verschillende staten hebben in de *code of civil procedure* specifieke bepalingen opgenomen voor uiteenlopende soorten zaken waarin advocaatkosten kunnen worden toegekend.⁶⁷ Ook wanneer sprake is van misbruik van procesrecht door te procederen *an sich* en door misbruik van procesrecht tijdens de procedure is het toekennen van de kosten in veel staten mogelijk.⁶⁸ Deze

62 W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of United States*, third edition 2003, West Group, p. 243 en J. W. Friedman e.a., *The Law of Civil Procedure Cases and Materials*, 2002, West Group p. 310.

63 O.a. *Nowd v. Rubin*, 76 F.3d 25 (1st Cir. 1996), *Merlino v. Delaware County*, 556 Pa. 422, 728 A.2d 949 (1999) en ook: J. W. Friedman e.a., *The Law of Civil Procedure Cases and Materials*, 2002, West Group p. 310.

64 American Jurisprudence, Second, Attorneys at law, § 6.

65 *Rodriguez-Diaz v. Abate* 613 So.2d 515, 18 Fla. L. Weekly D341.

66 Supreme Court of the United States, 12 mei 1975 (*Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*), vergelijk: Supreme Court of Hawaii, 17 augustus 2006 (*Stanford Carr Development Corp. v. Unity House, Inc.*).

67 Zie bijv. *Ramos v. Lamm*, 539 F. Supp. 730 (D. Colo. 1982), *Covenant Mutual Ins. Co. v. Young*, 179 Cal. App. 3d 318, 225 Cal. Rptr. 861 (2d Dist. 1986) en *Arnold v. Arizona Dept. of Health Services*, 160 Ariz. 593, 775 P.2d 521 (1989), voor een opsomming van de verschillende statuten in de respectievelijke staten.

68 Zie o.a. Hawaii Revised Statute, chapter 607 section 14.5, California Code of Civil Procedure section 128.5 (a), Arizona Revised Statutes, title 12, section 12-341.01(c), Colorado Revised Statutes, title 13, art. 17-101, Kansas Statute,

misbruik van rechtbepalingen zien op het instellen van futiele (*frivolous*) eisen of het voeren van leugenachtig of onwaar verweer. De toekenning van advocaatkosten naar aanleiding van het instellen van een futiele vordering kan afdoende zijn om de onterecht gedaagde partij zijn schade te vergoeden. Daarbij dient opnieuw opgemerkt te worden dat partijen die een gewoonte maken van het instellen van futiele vorderingen over het algemeen geen verhaalsmogelijkheden bieden of niet voornemens zijn te betalen.⁶⁹ Naast het toekennen van de advocaatkosten in gevallen waarin sprake is van misbruik van procesrecht kennen vijf staten bepalingen die specifiek bedoeld zijn als preventieve remedie voor onnodige processen door het weren uit de rechtszaal van querulanten die in persoon procederen. De bepalingen zijn opgenomen in zogeheten '*vexatious litigants acts*' en werden voor het eerst in Californië in 1963 opgenomen in de wet en waren geïnspireerd op de Engelse Vexatious Litigants Act uit 1896 en op statuten in andere staten die de mogelijkheid boden een borg te eisen van eisers voor een eventuele veroordeling in de proceskosten. Sinds 1990 is in Californië ook de mogelijkheid in de wet opgenomen om van personen die als querulant zijn aangemerkt verloop van de rechtbank te eisen voor zij een nieuwe procedure aanhangig kunnen maken.⁷⁰ Na de invoering in Californië volgde Hawaii in 1993, Ohio in 1996, Texas in 1997 en Florida in 2000. Behalve in Ohio zijn de bepalingen van de staten gebaseerd op de bepalingen van Californië. Om aangemerkt te worden als vexatious litigant in Californië moet aangetoond worden dat de betreffende persoon 1) in een periode van zeven jaar minimaal vijf keer bij een andere rechtbank dan de rechtbank sector kanton heeft geprocedeerd en in het ongelijk is gesteld of de zaak twee jaar lang op de rol heeft gehouden zonder dat het tot een proces of hoorzitting is gekomen; of 2) een geschil waarin reeds in zijn nadeel is beslist opnieuw aanhangig maakt tegen dezelfde persoon of op dezelfde gronden waarover reeds is beslist; of 3) in een proces, zonder vertegenwoordigd te zijn,

chapter 60, art. 20 (2007(b), Missouri Revised Statutes, chapter 514, section 514.205, General Laws of Massachusetts, chapter 231, section 6F, Revised Code of Washington, title 4, chapter 84, section 185, Connecticut General Statute § 52 art. 240 (a) met beperking tot claims inzake productaansprakelijkheid, vergelijk: Oregon Statutes, Section 20.075 1(a), waar ook vergoeding op grond van misbruik van recht slechts mogelijk is in geval een statuut bepaalt dat vergoeding mogelijk is in het type zaak. Zie ook: R.A. Nolan, *Ohio's Frivolous Conduct Statute: A Need for Stronger Deterrence*, *Capital University Law Review* vol 21, 1992, p. 261, voor een uitgebreide bespreking van de werking van het statuut.

69 Bijv.: California Court of Appeal, 2nd District, Division 1 (In re Shieh) waar \$ 305,326.90 onbetaald bleef.

70 Zie ook: L.W. Rawles, 'The California Vexatious Litigant Statute: A viable judicial tool to deny the clever obstructionists access?', *Southern California Law Review*, issue 1, November 1998, vol. 72, p. 275. e.v.

meerdere keren zonder enig nut processtukken heeft ingediend, een *discovery* heeft uitgevoerd of ander gedrag heeft vertoond dat slechts diende om het proces onnodig te vertragen; of 4) door een rechtbank in een andere staat of een federale rechtbank is aangemerkt als een *vexatious litigant* in een procedure die op dezelfde feiten ziet.⁷¹ In Hawaii en Texas is sprake van een *vexatious litigant* wanneer door de betreffende persoon in een periode van zeven jaar, vijf of meer zaken zijn aangebracht bij een rechtbank die uiteindelijk niet in zijn voordeel zijn beoordeeld.⁷² In Florida is de periode slechts vijf jaar.⁷³ Tijdens de procedure kan het verzoek worden gedaan om de eiser aan te merken als querulant⁷⁴ en kan gedaagde vervolgens onder aanhouding van de zaak eisen dat een borg wordt betaald ter voldoening van de eventuele veroordeling in de proceskosten. Eenmaal aangemerkt als querulant wordt de persoon in kwestie op een lijst geplaatst. Plaatsing op de lijst is in alle vijf de staten voor onbepaalde tijd, tenzij de rechter anders bepaalt in zijn vonnis. Alleen in Ohio kan een verzoek om eiser als querulant aan te merken niet tijdens de procedure worden gedaan. In Ohio moet het verzoek om de eiser aan te merken als querulant gedaan worden via een aparte civiele procedure waarin de reguliere procesregels van toepassing zijn.⁷⁵ De toets of sprake is van een querulant ziet in Ohio op gedragingen die *‘obviously serve merely to harass or maliciously injure another party to the civil action’*, die bedoeld zijn om het proces te vertragen, of op proceshandelingen die geen steun vinden in het recht.⁷⁶ Niet is vereist dat de eiser de procedure heeft verloren om aangemerkt te kunnen worden als querulant. De maatstaf die in Ohio aangelegd wordt, is niet gericht op verloren procedures of zaken die gedurende een bepaalde periode op de rol hebben gestaan maar kijkt naar gedrag vertoond in een specifiek geval. Op basis van de gedragingen in een procedure wordt geoordeeld of sprake is van vexatoir gedrag.⁷⁷ Door de beoordeling aan de hand van de specifieke

71 California Code of Civil Procedure, section 391.

72 Hawaii Revised Code, chapter 634, section J-1, Texas Civil Practice, chapter 11, section 054.

73 Zie: D.L. Neveils, ‘Florida’s Vexatious Litigant Law: An End to the Pro Se Litigant’s Courtroom Capers?’, *Nova Law Review* 2000, vol. 25, p. 343 e.v., voor een uitgebreide bespreking van de bepalingen aangaande querulanten in Florida.

74 California Code of Civil Procedure, section 391.1 en Hawaii Revised Code, chapter 634, section J-2, op elk moment tot het vonnis gewezen is, Texas Civil Practice, chapter 11, section 051, binnen 90 dagen na conclusie van antwoord, Florida laws, chapter 68, section 093 (3) (A), noemt slechts ‘in any action’ en geen termijn.

75 Ohio Revised Code, chapter 2323 § 52 (B).

76 Ohio Revised Code, chapter 2323 § 52.

77 Zie Ohio Revised Code, Chapter 2323 § 52 (A) (3) ‘vexatious conduct in a civil action or actions’.

omstandigheden en gedragingen tijdens één of meer procedures kan een rechtvaardiger toets aangelegd worden dan bij het *'five strikes out'* systeem van de andere staten. Het feit dat een persoon vijf procedures verliest in een periode van vijf of zeven jaren maakt niet per definitie dat er sprake is van een querulant. Er kan evengoed sprake zijn van vexatoir gedrag in een procedure die is ingesteld op redelijke gronden en waarin ook de eis wordt toegekend. Bovendien mag ook het recht op *fair trial* van de eiser in de procedure waarin hij als querulant kan worden aangemerkt niet uit het oog verloren worden.

Van personen die aangemerkt zijn als querulant kan in alle vijf de staten geëist worden dat zij voor het aanhangig maken van een procedure verlof nodig hebben van de rechtbank, dit kan zowel ambtshalve als op verzoek van de gedaagde.

Bij de beoordeling van het verlof zal de rechtbank zich moeten baseren op de door eiser gepresenteerde feiten. Indien blijkt dat sprake is van een inhoudelijk geschil en dat geen sprake is van het aanhangig maken met als doel het kwellen van de gedaagde of het vertragen van een reeds aanhangige procedure zal het verzoek om verlof worden toegewezen. In Ohio wordt ook in de beoordeling van het verlof betrokken of de eiser redelijke gronden heeft om de eis in te stellen. Doordat een procedure in eerste aanleg in de Verenigde Staten aanvangt met het deponeren van een aanklacht door de eiser bij de griffie van de rechtbank (*rule 3 FRCP*) is deze eis redelijk eenvoudig te controleren. Hoewel de bepalingen gericht zijn op partijen die in persoon procederen, is in Californië bepaald dat verlof ook geëist kan worden van een partij die eerder is aangemerkt als querulant en in de procedure waar verlof voor wordt verzocht, vertegenwoordigd is door een advocaat.⁷⁸ Hoewel er geen uitspraken zijn van rechtbanken die dit bevestigen is het goed mogelijk dat ook de andere staten een dergelijke benadering zullen volgen.

De verlofeis voor personen die in het verleden misbruik hebben gemaakt van hun recht op toegang tot de rechter lijkt een bruikbaar instrument te zijn ter voorkoming van nieuwe onrechtmatige procedures. Andere remedies kunnen veelal pas achteraf of in ieder geval pas na aanvang van de procedure toegepast worden.

14.7 Conclusie

Kernthema in dit artikel is het recht op toegang tot de rechter. Het gebruik van het recht op toegang zal in beginsel worden geacht rechtvaardig te zijn. Gebleken is dat het geen absoluut recht is. Het kan ten behoeve van een behoorlijke rechtsbedeling worden beperkt. Het feit dat juridische *stalking*

⁷⁸ *In re Whitaker*, 6 Cal.App.4th 54, 8 Cal.Rptr.2d 249 Cal.App. 1 Dist. (1992).

plaatsvindt in Nederland en dat in enkele gevallen de rechtbank een verbod om te procederen heeft uitgevaardigd, is in ieder geval illustratief voor de drang om te procederen van sommigen onder ons. Wanneer de verhoging van de kantongrens per 1 januari 2011 is opgetrokken tot vijftienduizend euro en partijen voor veel meer zaken dan nu het geval is geen procesvertegenwoordiging nodig hebben, kan het noodzakelijk blijken om een effectiever doseringsmiddel toe te kunnen passen dan op dit moment beschikbaar is.

De eerste beperking op het recht op toegang is neergelegd in artikel 3:303 BW in de eis dat een partij voldoende belang moet hebben bij het instellen van zijn vordering. Doordat voldoende belang van de eiser in het algemeen wordt verondersteld, zal gedaagde een beroep moeten doen op een gebrek hieraan. De rechter kan aan het begin van de procedure aan de hand van de door de eiser in de dagvaarding gestelde gronden relatief eenvoudig bepalen of er sprake is van voldoende belang. Is er geen voldoende belang waarneembaar dan zal dit leiden tot niet-ontvankelijkheid van de eiser in zijn eis. Echter zullen querulanten, personen met een ziekelijke klaagzucht, zich er in de regel van verzekeren dat voldoende gronden gesteld zijn in de dagvaarding, wat maakt dat deze beperking op het recht op toegang tot de rechter, in ieder geval voor deze gevallen, niet effectief genoeg is. Een effectieve beperking kan aan de hand van de criteria van misbruik van bevoegdheid in artikel 3:13 lid 2 BW aangelegd worden.

Van misbruik is onder meer sprake wanneer een formele bevoegdheid gebruikt wordt ter rechtvaardiging van een handelwijze die niet aanvaardbaar is. Dit is ook het geval wanneer de verhouding tussen het belang van de eiser om gebruik te maken van zijn recht op toegang tot de rechter en het recht op privacy van de gedaagde dat daardoor wordt geschaad, zodanig disproportioneel is dat eiser naar redelijkheid niet (opnieuw) kan toekomen aan de uitoefening van zijn recht. Bijvoorbeeld in geval van juridische *stalking* zal eiser de uitoefening van zijn bevoegdheid voor de toekomst moeten kunnen worden ontzegd, tenzij voldaan is aan bepaalde eisen. Als er voor de gevoerde procedure ook voldaan is aan de eisen van onrechtmatige daad in artikel 6:162 BW is er een plicht tot het vergoeden van de veroorzaakte schade en kunnen, onder andere, de volledige proceskosten toegewezen worden aan de gedaagde. Problematisch is dat veelal pas gedurende de procedure duidelijk zal worden dat eiser door het instellen van de vordering onrechtmatig heeft gehandeld. De schade zal via een nieuwe procedure op de eiser moeten worden verhaald, tenzij de gedaagde al in zijn conclusie van antwoord een vordering in reconventie heeft ingesteld. Een bijzonder onaantrekkelijk vooruitzicht. Ook andere mogelijkheden om al tijdens de procedure de veroorzaakte schade toegekend te krijgen, zijn beperkt gebleken. Toch zal het niet eenvoudig zijn om nog voor dat het allereerste

misbruik van bevoegdheid plaatsvindt al op te treden tegen de eiser. Het recht op toegang tot de rechter is zoals gezegd een fundamenteel recht en daar dient voorzichtig mee worden omgegaan. Pas wanneer is komen vast te staan dat een partij misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om een beroep te doen op de rechter kan met het oog op de behoorlijke rechtsbedeling en het voorkomen van verder misbruik de toegang tot de rechter van de persoon in kwestie worden beperkt. De Nederlandse rechter heeft deze beperking enkele malen vormgegeven door aan de eiser een verbod onder dwangsom uit te vaardigen om de gedaagde in volgende procedures over dezelfde feiten en vorderingen te betrekken. Tussen de betreffende partijen kan zo'n verbod doeltreffend zijn maar het verbiedt de eiser met een ziekelijke klaagzucht niet om procedures tegen anderen aan te spannen. Een mogelijke oplossing voor dit probleem is te vinden in de Verenigde Staten waar in vijf staten de mogelijk bestaat om aan personen die aangemerkt zijn als querulant extra eisen te stellen. Van de verschillende staten legt naar mijn mening alleen Ohio een rechtvaardige maatstaf aan bij de beoordeling of sprake is van een querulant, de overige staten beoordelen of sprake is van een querulant op basis een kwantitatieve maatstaf hetgeen afbreuk doet aan het *fair trial* beginsel doordat er geen individuele afweging wordt gemaakt. De afwezigheid van een individuele afweging en het gebrek aan hoor en wederhoor in de procedure waarin iemand aangemerkt kan worden als querulant maakt naar mijn mening dat een kwantitatieve maatstaf niet geschikt is voor toepassing in het Nederlandse procesrecht. Ohio beoordeelt of sprake is van procederen met als doel het kwellen of schaden van de wederpartij. Niet van belang is, zoals in de andere staten het geval is, de duur van het gedrag of het aantal aangespannen en verloren procedures. De in Ohio gekozen maatstaf is te vergelijken met de eerste maatstaf gegeven in artikel 3:13 lid 2 BW: het uitoefenen van een bevoegdheid met geen ander doel dan te schaden. De andere maatstaven in artikel 3:13 lid 2 BW, het uitoefenen van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor zij is verleend en het onevenredigheids criterium, zouden kunnen worden beschouwd als een verfijning c.q. uitbreiding ten opzichte van de maatstaf in Ohio. Het verzoek om een partij als querulant aan te merken zou, net als in Ohio, alleen bij een separate procedure gedaan moeten kunnen worden met het oog op het *fair trial* beginsel. Wanneer aan de hand van de misbruikcriteria is vastgesteld dat in een procedure sprake is van vexatoir gedrag zou de rechter in volgende procedures aangespannen door dezelfde eiser ambtshalve meer aandacht moeten besteden aan de substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht. Vereist is dan wel dat bekend is bij de rechtbank dat bepaald is dat de eiser een querulant is. Een andere mogelijkheid is het invoeren van een verloffregeling voor personen die aangemerkt zijn als querulant waardoor voor de betekening van de dagvaarding verlof vereist

is van de rechtbank. Een verlofverzoek kan dan worden beoordeeld aan de hand van het aan de rechtbank getoonde, en in de dagvaarding vermelde, bewijs, gecombineerd met toetsing van het gestelde belang aan het belangcriterium van artikel 3:303 BW en de criteria van artikel 3:13 lid 2 BW. Dat de procedure in Nederland tussen partijen aanvangt met de betekening van de dagvaarding behoeft geen probleem te zijn voor uitvoerbaarheid van een verlofregeling. Alvorens te antwoorden zou gedaagde kunnen nagaan op een door de rechtspraak te publiceren lijst of hij te maken heeft met een querulant aan wie eerst verlof door de rechtbank had moeten worden verleend voor hij een zaak aanhangig mag maken.⁷⁹ Is dit het geval dan zou een eenvoudige conclusie voor alle weren inhoudende het verweer dat eiser geen verlof heeft gekregen van de rechtbank afdoende zijn om de vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Eiser kan dan alsnog om verlof verzoeken en gedaagde opnieuw dagvaarden indien het verlof verkregen wordt maar in eerste instantie zou de dreiging tijdig afgewend zijn.

Totdat meer aandacht wordt besteed aan de substantiëringsplicht en bewijsaandraagplicht voor querulanten of een verlofregeling in het leven is geroepen, is het aan te raden, wanneer wordt vermoed dat men met een querulant te maken heeft, een vordering in reconventie in te stellen op grond van misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad met als doel een volledige schadevergoeding inclusief de volledige proceskosten te verkrijgen. Of de schade ook daadwerkelijk kan worden verhaald blijft wel een vraagteken.

79 Opmerking verdient dan wel dat de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vereist dat voor het consulteren van de gepubliceerde lijst, evenals bij de lijst met failliete personen en onder curatele geplaatsten, vereist is dat de achternaam en geboortedatum of achternaam en het volledige adres ingevoerd worden. Dit kan evenwel problematisch zijn nu art. 45 Rv vereist dat van de eiser in de dagvaarding slechts zijn voornaam, naam en woonplaats vermeld worden.

XV Aan den lijve ondervonden...? Afschaffing van de lijfswang ten aanzien van de tenuitvoerlegging van uitkeringen tot levensonderhoud

P.L.M. Schneider

Het recht om een alimentatiedebiteur van zijn vrijheid te beroven als remedie tegen zijn verzuim in de betaling van door hem verschuldigde alimentatie, maakt op het eerste gezicht wellicht een wat strafrechtelijke indruk. Toch staat deze remedie – lijfswang – de Nederlandse alimentatie-crediteur als puur civielrechtelijk executiemiddel ter beschikking bij de tenuitvoerlegging van een alimentatiebeschikking. Dat lijfswang zich daarbij bedient van het middel van onvrijwillige opsluiting roept de vraag op of we hier niet te maken hebben met een ‘strafrechtelijke eend’ in de ‘civielrechtelijke bijt’. Nu lijfswang in België reeds lang en breed is afgeschaft, en vervolgens is vervangen door een strafbepaling – verlating van familie – ligt de vraag des te meer voor de hand of het Nederlandse recht, geïnspireerd door het Belgische recht, niet ook moet overgaan tot afschaffing van de alimentatielijfswang. Mijn conclusie is dat de Belgisch oplossing bestaande uit de strafbaarstelling van familieverlating voor ons recht uiteindelijk niet is te prefereren boven lijfswang. Daarnaast bestaat er geen noodzaak tot regulering via het strafrecht, omdat lijfswang geen straf is.

15.1 Inleiding

In 2008 zijn er 32.236 echtscheidingen uitgesproken in Nederland, waarvan 18.180 echtscheidingen met kinderen.¹ Het Landelijk Bureau Invordering Onderhoudsbijdragen (LBIO) schat dat ongeveer driekwart van alle alimentatiebeschikkingen op enig moment ter incasso bij deze organisatie binnenkomt.² Als we www.alimentatie.nl – dé nieuwssite voor alimentatie – mogen geloven, tekent zich duidelijk een nieuwe trend af onder ex-partners die nog grote bedragen alimentatie tegoed hebben: het vragen

1 Bron: CBS.

2 Bron: LBIO. De kerntaak van het LBIO, een zelfstandig bestuursorgaan, is het in opdracht van de ministers van Justitie en Volksgezondheid, Welzijn en Sport innen van alimentatiebijdragen conform de Wet LBIO.

om een rechterlijk verlot tot gijzeling van de alimentatiewanbetaler.³ Deze claim laat zich ondersteunen door jurisprudentieonderzoek op <www.rechtspraak.nl>, waaruit blijkt dat van de zestien daar gepubliceerde beslissingen, slechts in twee gevallen een afwijzing volgde op het verzoek tot lijfswang.⁴

In gevallen waarin alle andere executiemiddelen falen, kent het Nederlandse recht aan bepaalde crediteuren de bevoegdheid toe om een onwillige debiteur door een deurwaarder te doen gijzelen en over te laten brengen naar een huis van bewaring totdat de debiteur zijn verplichtingen wel nakomt. Deze *lijfswang* is een remedie tegen ongehoorzaamheid aan rechterlijke veroordelingen, zoals rechterlijke veroordelingen waarin alimentatieverplichtingen worden vastgesteld.

In veel van de ons omringende landen is de civiele gijzeling reeds lang en breed afgeschaft of zeer beperkt.⁵ Bovendien treft men in onze – spaarzame – literatuur van de afgelopen dertig jaar vooral de gedachte aan dat lijfswang in ons land nog maar in weinig vonnissen wordt uitgesproken, en in nog minder gevallen ten uitvoer gelegd.⁶

Nu andere landen de lijfswang kennelijk kunnen missen – ook bij de executie van alimentatieverplichtingen – ligt de vraag voor de hand of op dit

3 <www.alimentatie.nl/page?2,865/Actueel/gijzeling_alimentatiewanbetalers_nieuwe_trend>.

4 Deze beschikkingen zijn: Rb. Den Bosch (k.g.) 30 januari 2001, *LJN* AA9719; Rb. Den Bosch (k.g.) 5 april 2001, *LJN* AB2394; Rb. Leeuwarden (k.g.) 6 oktober 2003, *LJN* AL9038, *NJF* 2004, 35, *KG* 2003, 281; Hof Den Haag 29 oktober 2003, *LJN* AN7577, Rb. Arnhem (vzr.) 27 mei 2004, *LJN* AQ6785; Rb. Almelo (k.g.) 12 september 2005, *LJN* AU2566 (LBIO/gedaagde); Rb. Maastricht (k.g.) 26 juli 2006, *LJN* AY5806, *JPF* 2006, 123; Rb. Haarlem (vzr.) 6 juli 2007, *LJN* BA9693; Rb. Zwolle (k.g.) 18 juli 2007, *LJN* BA9677; Rb. Breda (vzr.) 18 april 2008, *LJN* BD5656; Rb. Maastricht (vzr.) 8 augustus 2008, *LJN* BF8867; Hof Arnhem (k.g.) 7 oktober 2008, *LJN* BG1455; Rb. Breda (vzr.) 1 december 2008, *LJN* BJ1366; Hof Den Bosch (k.g.) 13 januari 2009, *LJN* BI1381, *RFR* 2009, 84; Hof Den Bosch 12 mei 2009, *LJN* BI7748 (appellant/LBIO) en Rb. Zwolle (k.g.) 25 november 2009, *LJN* BL6115.

5 Bij wet van 22 juli 1867 is in Frankrijk de lijfswang in handelszaken, burgerlijke zaken en tegen vreemdelingen afgeschaft. Op 16 februari 1877 werd lijfswang in Luxemburg afgeschaft. In Engeland is de wet op de lijfswang gewijzigd door de wet van 1878: 'an act for the abolition of imprisonment for debt, for the punishment of fraudulent debtors, and for other purposes.' (Zie W.C. Mees, *De gevallen waarin volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering lijfswang kan toegepast worden* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1881, p. 6 e.v.)

6 Vgl. H. Oudelaar, 'Lijfswang; onmacht en onwil', *TCR* 1996-2, p. 21.

punt het Nederlandse recht niet ook buiten deze remedie kan. Daartoe wordt, na een plaatsbepaling en beschrijving van het executiemiddel lijfswang, ingegaan op de vraag in welke gevallen en onder welke omstandigheden alimentatieverplichtingen naar ons recht onder aanzegging van lijfswang te executeren zijn. Vervolgens komt het Belgische executierecht aan bod. Ingegaan wordt op de vraag hoe aldaar het ‘gemis’ van lijfswang wordt opgevangen. Na een analyse van beide systemen is het tijd voor een evaluatie: moeten wij de lijfswang vervangen door de Belgische remedie? Ik sluit af met een conclusie.

15.2 De regeling van lijfswang beschreven

15.2.1 *Plaatsbepaling, doel en middel van lijfswang*

Belofte maakt schuld. Wordt niet vrijwillig aan een verplichting voldaan, dan kan de gerechtigde een executoriale titel verkrijgen. Zonder executiemiddelen zou het nakomen van een condemnatoire uitspraak (een executoriale titel) afhankelijk zijn van de goede wil van de veroordeelde en bij onwil dus weinig effectief zijn. Executiemiddelen zijn te onderscheiden in directe executiemiddelen waarbij de verschuldigde prestatie rechtstreeks wordt verkregen, en indirecte executiemiddelen waarbij die prestatie via indirecte dwang wordt verkregen. Ons recht kent twee indirecte executiemiddelen: dwangsom en lijfswang. De idee is dat met toepassing van deze middelen – althans dreiging daarmee – de schuldenaar een dusdanig onaanvaardbaar alternatief in het vooruitzicht wordt gesteld, dat deze alsnog ervoor kiest de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling na te leven.⁷

Bij een lijfswangveroordeling is vrijheidsbeneming het concrete nadeel dat de debiteur in het vooruitzicht wordt gesteld. Voor de rechter komt het bij een lijfswangveroordeling er op aan om de juiste gijzelingstermijn en modaliteit vast te stellen zodat van de veroordeling een optimaal dwingend effect uitgaat.

Aan de functie van indirect executiemiddel ontleent lijfswang zijn bestaansrecht. Primair doel van de lijfswang is om gedrag in strijd met de hoofdveroordeling te voorkomen, dan wel tegen te gaan.

15.2.2 *Verhouding tot algemeen executierecht*

Zoals hierna nog zal blijken, staat lijfswang de crediteur in een relatief klein aantal gevallen ter beschikking. Dat laat zich naast het beperkte

⁷ H. Oudelaar, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 29.

toepassingsgebied verklaren door artikel 587 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), in welk artikel de wetgever duidelijk uitspreekt dat lijfswang een *ultimum remedium* is: waar nog andere wijzen van tenuitvoerlegging bestaan, moet de lijfswang achterwege blijven. Lijfswang doet alleen dienst wanneer directe executie of dwangsom geen uitkomst biedt. In dit criterium komt de subsidiariteit van de lijfswang tot uitdrukking.

Artikel 587 Rv bevat daarnaast ook een proportionaliteitsvereiste: het belang van de schuldeiser dient toepassing van lijfswang te rechtvaardigen. De rechter zal het belang van crediteur bij gijzeling moeten afwegen tegen het belang van de schuldenaar bij niet-toepassing daarvan.⁸ Wanneer het onwaarschijnlijk is dat een lijfswangveroordeling de debiteur tot nakoming van de hoofdveroordeling zal bewegen, is niet voldaan aan dit proportionaliteitsvereiste.⁹

Artikel 600 aanhef, en onder e en f Rv brengt voorts tot uitdrukking dat ook gedurende de tenuitvoerlegging van dit ultimum remedium aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit moet worden getoetst: de schuldenaar wordt uit zijn gijzeling ontslagen indien het belang van de schuldeiser de voortzetting van de gijzeling niet langer rechtvaardigt of toepassing van een ander dwangmiddel alsnog redelijkerwijs voldoende uitkomst biedt.¹⁰ De geëxecuteerde kan zich aldus op elk moment verzetten tegen de lijfswang door het uitlokken van een executiegeschil als bedoeld in artikel 438 Rv. Vanwege het spoedeisend belang om uit gijzeling te worden ontslagen zal dit per definitie in een kort geding gebeuren. Het initiatief hiertoe ligt bij de gegijzelde.¹¹

8 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 513.

9 Losbl. Rv, art. 578, (Beekhoven van den Boezem), aant. 578.

10 Wat betreft het proportionaliteitsvereiste heeft te gelden dat het recht op persoonlijke vrijheid van de gegijzelde meer gewicht in de schaal legt naarmate de vrijheidsberoving langer duurt, hetgeen weer moet worden afgewogen tegen de belangen van de executant bij het voortduren van de ingijzelstelling (zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 513 onder verwijzing naar HR 2 december 1983, NJ 1984, 306 m.nt. W.C.L. van der Grinten en HR 22 juli 1991, NJ 1991, 766 (Bijvoet/Koning q.q.)).

11 Vgl. art. 600 Rv voor de ontslaggronden.

15.2.3 Resterende aspecten

15.2.3.1 Moment(en) van tenuitvoerlegging en duur van gijzeling

Afhankelijk van de aard van de onderliggende lijfswangtitel doet tenuitvoerlegging bij lijfswang zich in twee gedaanten voor.¹² Strekt de hoofdveroordeling tot een doen of een geven, dan zal de tenuitvoerlegging plaatsvinden *totdat* – en opdat – de veroordeelde de hoofdveroordeling alsnog naleeft. Betreft de hoofdveroordeling een verplichting tot nalaten of tot een doen of geven op een nader vast bepaald tijdstip in de toekomst, dan vindt tenuitvoerlegging plaats *nadat* – en omdat – er niet is gepresteerd.¹³

In het eerste geval ondervindt de debiteur onmiddellijk *aan den lijve* de nadelen die aan zijn weigerachtige houding zijn verbonden; het moment van tenuitvoerlegging en het moment van niet-naleving vallen samen. In het tweede geval krijgt de lijfswangdebiteur op een later moment de rekening gepresenteerd over ongewenst gedrag vóór de executie; tenuitvoerlegging valt dan niet samen met niet-naleving, maar is een reactie daarop.¹⁴ Waar

12 Zie daarover ook M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Doel en effect van dwangsom en lijfswang', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civiel-rechtelijke sancties (BWKJ 2003/19)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 185-187.

13 Waarbij wel moet worden opgemerkt dat lijfswang verboden is indien de te verrichten prestatie onmogelijk is, ook al heeft de schuldenaar die onmogelijkheid zelf veroorzaakt (zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 513). Het gaat hier om een relatief onmogelijkheidsbegrip: welke inspanning en zorgvuldigheid mocht redelijkerwijs van deze debiteur worden verwacht? (Zie *Losbl. Rv* (Beekhoven van den Boezem) aant. 2 op art. 588.) Met deze regel is aansluiting gezocht bij art. 1 4^e Protocol EVRM dat beoogt te voorkomen dat iemand van zijn vrijheid wordt beroofd op de enkele grond dat hij niet in staat is contractuele verplichtingen na te komen (zie de Wet van 30 juni 1982, *Stb.* 1982, 420). De wetgever formuleert een en ander aldus dat wanneer de schuldenaar 'buiten staat is' te voldoen aan de verplichting waarvoor lijfswang wordt gevraagd uitvoerbaarheid bij lijfswang niet mag worden uitgesproken (art. 588 Rv). Datzelfde geldt wanneer de schuldenaar gedurende de tenuitvoerlegging alsnog buiten staat raakt om aan de prestatie te voldoen. De schuldenaar zal dan uit de gijzeling moeten worden ontslagen (art. 600 aanhef, en onder d Rv). De rechter beschikt daarbij niet over een discretionaire bevoegdheid; de gegijzelde zal steeds moeten worden vrijgelaten als hij aantoonde dat de prestatie onmogelijk is geworden (zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 518).

14 Omdat tenuitvoerlegging van lijfswang in dit type gevallen een reactie is op niet-naleving, dringt de associatie met een strafsancie zich al snel op. Echter, ook in deze gevallen ziet lijfswang op het in overeenstemming brengen van het toekomstig handelen van de debiteur met de hoofdveroordeling, zodat hier nog steeds van preventie moet worden gesproken en niet van repressie. Vgl. bijvoorbeeld de stalker die zich tegen het rechterlijk verbod in wederom begeeft

in het eerste geval dan vooral van *afdwinging* sprake is, kan in het tweede geval beter worden gesproken van *afschrikking*.

Lijfswang is een ultimum remedium en mag hoe dan ook niet te lang duren. Ingevolge artikel 589 lid 1 Rv is de duur van lijfswang ter zake van een en dezelfde schuld beperkt tot een maximum van één jaar.¹⁵ De rechter kan de lijfswang dus ook op een kortere termijn vaststellen, met een minimum van één dag. Daarnaast zijn binnen het maximum verschillende modaliteiten mogelijk, zoals een termijn sec, een termijn per tijdseenheid of een termijn per overtreding.¹⁶ Stelt de rechter niet uitdrukkelijk een kortere termijn vast, dan geldt de maximumtermijn van één jaar. De gedachte achter dit maximum is dat na afloop van deze periode, gelet op de tijd die de betrokkene dan al in gijzeling is geweest, van verdere tenuitvoerlegging geen effect meer is te verwachten.¹⁷

15.2.3.2 Kosten

De tenuitvoerlegging van lijfswang geschiedt in een huis van bewaring op kosten van de executant (art. 597 Rv). In deze bepaling komt het civielrechtelijk karakter van de lijfswang tot uitdrukking; niet de staat,

in de omgeving van zijn doelwit. Aan het bestaan van de mogelijkheid van tenuitvoerlegging ontleende de tegen hem uitgesproken lijfswangveroordeling zijn preventieve werking. Nu de enkele dreiging van tenuitvoerlegging de overtreder niet van het ongewenste gedrag heeft weerhouden, moet de veroordeling ten uitvoer worden gelegd; de overtreder mag worden gegijzeld. Zou geen gijzeling volgen op de overtreding, dan gaat dat ten koste van effectiviteit van de lijfswang in de toekomst, zowel in het individuele geval ('speciaal preventieve werking') als meer in het algemeen voor toekomstige gevallen ('generaal preventieve werking'). De opgelegde gijzelingstermijn heeft vervolgens geen definitief karakter; de schuldenaar kan uit de gijzeling worden ontslagen. Nu verdere overtreding van het verbod heel wel mogelijk is, is de schuldenaar ook niet buiten staat om de veroordeling na te leven. Dat laatste ligt echter weer anders bij een eenmalig te overtreden gebod of verbod. Bij overtreding daarvan stelt de debiteur zich juist buiten staat om aan de verplichting te voldoen. Volgens Beekhoven van den Boezem is een lijfswangveroordeling in dergelijke gevallen dan niet meer dan een 'inhoudsloos dreigement', waarvan alleen nog effect is te verwachten wanneer de schuldenaar niet op de hoogte is (gebracht) van de ontslagmogelijkheid van art. 600 sub d Rv (zie M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 62).

- 15 Het ligt voor de hand hier uit te gaan van een periode van 365 dagen en niet van een kalenderjaar. Dat is relevant omdat een periode van 365 dagen – anders dan een kalenderjaar – kan worden onderbroken en weer worden hervat tot alle 365 dagen uiteindelijk zijn volbracht.
- 16 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 514.
- 17 Beekhoven van den Boezem (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 589, aant. 3.

maar de crediteur heeft belang bij de voortzetting van de gijzeling en hij is het die daartoe iedere dertig dagen ‘een toereikende som tot onderhoud’ zal moeten voorschieten.¹⁸ Laatstgenoemde kan deze kosten achteraf – althans in theorie – wel weer op de geëxecuteerde verhalen.¹⁹

15.3 Toepassingen van lijfswang

15.3.1 *GevalLEN waarin volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering lijfswang kan worden toepast*

‘Die niet betaalt zijn gelletje boet daervoor aen zijn velletje’,²⁰ zoveel is waar, maar in welke gevallen? Artikel 585 Rv noemt twee algemene categorieën waarin tenuitvoerlegging bij lijfswang mogelijk is, te weten: rechterlijke veroordelingen tot iets anders dan het betalen van geld en veroordelingen tot alimentatie en tot verhaal krachtens de Wet werk en Bijstand (WWB). Deze laatste twee categorieën worden in de volgende paragraaf behandeld.

15.3.1.1 *Rechterlijke veroordelingen tot iets anders dan het betalen van geld*

Een lijfswangveroordeling op de voet van artikel 585 aanhef en onder a Rv kan betrekking hebben op alle veroordelingen tot een geven, een doen of tot een nalaten. Toepassing van lijfswang laat zich bij dit type verplichtingen echter niet goed (meer) denken. Onder het oude recht, waarin de mogelijkheid van reële executie vaak twijfelachtig was, voorzag lijfswang in een

18 De kosten bedragen € 11,30 per dag of gedeelte daarvan. Het inkomen van de executant kan meebrengen dat deze slechts drie vierde, de helft of een vierde van het tarief hoeft te betalen, dan wel geheel van betaling is vrijgesteld (zie art. 2a lid 1, 2 en 3 Besluit tarieven in burgerlijke zaken). In beginsel moet de executant bij aanvang van de executie eenmalig een bedrag van € 399 voorschieten. Wordt de schuldenaar ontslagen uit lijfswang, dan ontvangt de schuldeiser het eventueel te veel voorgesloten bedrag terug. Vgl. ook art. 597 lid 2 Rv: is de executant in verzuim met deze betaling, dan kán – het is een discretionaire bevoegdheid – de directeur van het huis van bewaring de geëxecuteerde uit zijn gijzeling ontslaan.

19 Snijders/Klaassen/Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 456 dragen hiervoor de weg van het beslag aan. De schuldenaar zal echter niet zelden onvoldoende verhaal bieden. Daar waar dwangsomveroordelingen voor de crediteur lucratief kunnen uitpakken, lijkt het vorderen van een uitvoerbaarverklaring bij lijfswang dus allerm minst financieel aantrekkelijk.

20 Zie over de lijfswangorigine van dit Oud-Hollandse rijmpje A. de Cock, *Spreekwoorden en zegswijzen: afkomstig van oude gebruiken en volkszeden*, Gent: A. Hoste 1905, nr. 118 <www.archive.org/stream/spreekwoordenen-00cockgoog/spreekwoordenen-00cockgoog_djvu.txt>.

welkome aanvulling. Met de perfectionering van de reële executie in het huidige Burgerlijk Wetboek (BW) en Rv, heeft de lijfswang aan betekenis ingeboet.²¹ Gelet op de voorrang en het succes van de dwangsom, is nauwelijks behoefte aan toepassing van het andere indirecte executiemiddel, de lijfswang.

Veroordelingen tot een doen

Veroordelingen tot een doen strekken tot het verrichten van een rechtshandeling of een feitelijke handeling.²² Voor het eerste geval biedt artikel 3:299 lid 1 en 3 BW de rechter de mogelijkheid de schuldeiser te machtigen om op kosten van de schuldenaar zelf 'datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid.' Voor het tweede geval kan de niet verrichte rechtshandeling worden vervangen door een rechterlijk vonnis (art. 3:300 BW). Overigens is op grond van artikel 7:659 lid 2 BW een vordering van de werkgever tot nakoming van de arbeidsverplichtingen van de werknemer sowieso niet te versterken met een lijfswangveroordeling.²³

Prestaties die niet ook door een ander dan de schuldenaar kunnen worden verricht, zijn van reële executie uitgesloten.²⁴ Toepassing van lijfswang laat zich bij dit type verplichtingen evenwel niet goed denken. Voor persoonsgebonden prestaties zal de dwangsom doorgaans een bruikbaar executiemiddel zijn. Er zullen zich dan nog maar weinig gevallen voordoen waarin aannemelijk is dat de zanger, de toneelspeler of de cabaretier alleen onder aanzegging van lijfswang de vloer op gaat. Hetzelfde geldt voor het doen van rekening en verantwoording (art. 475g Rv) en het geven van inlichtingen. Het hedendaags rechtsprobleem van de (internationale) familiële kinderontvoering heeft overigens wél de mogelijkheid voor het voetlicht gebracht van een lijfswangveroordeling van de ontvoerder (doorgaans de biologische vader) tot het mededelen van de verblijfplaats van de kinderen. Volgens de Alkmaarder rechtbank zou een dwangsom in dit soort geschil-

21 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-II*, nr. 358. Vgl. ook H. Stein, 'Van lijfswang en dwangsom', *Advocatenblad* 1989, p. 465 die opmerkt dat de mogelijkheid van reële executie 'altijd een tikkeltje avontuurlijk zal blijven' en eerst in aanmerking komt als dwangsom of lijfswang niet helpt. Deze opvatting lijkt me strijdig met het ultimum remedium-karakter van lijfswang.

22 P.A.M. Meijknecht, *Kennismaking met het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 93.

23 Deze regel is aan titel 7.10 BW toegevoegd naar aanleiding van de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest en het daarin vervatte recht van vrijheid van arbeidskeuze (Wet van 14 december 1979, *Stb.* 1979, 633). Aldus is het niet meer geoorloofd de werknemer op straffe van gijzeling of dwangsom tot werken te dwingen, zie daarover M.P.J.A. Cremers, 'Geen dwangsom in de arbeidsverhouding?', *NJB* 1989, p. 52-56.

24 A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987, p. 7.

len vaak niet effectief zijn, mede omdat aannemelijk is dat de gedaagde zich aan executie van het vonnis zal onttrekken door het land te verlaten.²⁵

Veroordelingen tot een geven

Veroordelingen tot een geven strekken hoofdzakelijk tot afgifte van een goed.²⁶ Reële executie tot afgifte van zaken is geregeld in artikel 491 Rv e.v. De executie geschiedt doordat een deurwaarder de zaak onder zich neemt en afgeeft aan de rechthebbende. Zie voor de afgifte van minderjarigen artikel 812 Rv en voor de ‘afgifte’ van een onroerende zaak (ontruiming): artikel 555 Rv e.v.²⁷ De mogelijkheden tot reële executie maken dat lijfswang hier eigenlijk overbodig is. De rechtspraak laat echter wel zien dat omgangsregelingen soms uitvoerbaar bij lijfswang worden verklaard.²⁸ Het gaat dan om schrijnende gevallen. Illustratief is in dit verband de zaak van de vrouw die in omgangsweekenden stevast onvindbaar was en zelfs een huissleutel had afgegeven aan de politie ter voorkoming dat bij de tenuitvoerlegging door de sterke arm haar deur (wederom) zou worden opengebroken. De rechter verklaarde de veroordeling daarop uitvoerbaar bij lijfswang.²⁹

Verder is lijfswang enkel in academische gevallen denkbaar, bijvoorbeeld bij een kat-en-muisspel van ontruiming van de onroerende zaak en wederintrekking. Met de gijzeling kan de betrokkene in ieder geval dan enige tijd buiten de deur worden gehouden.

Veroordelingen tot een nalaten

Veroordelingen tot een nalaten zijn veroordelingen die een verbod inhouden. In dat geval kan gegijzeld worden de veroordeelde die doorgaat te

25 Rb. Alkmaar 26 juli 2004, *LJN* AQ5228.

26 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 22.

27 De verplichting die uit het veroordelend vonnis tot gedwongen ontruiming ontstaat, wordt doorgaans beschouwd als een verbintenis om te geven (zie A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987, p. 89). Jongbloed zelf beschouwt deze verplichting echter als een verbintenis om te doen.

28 Zie voor afwijzende beslissingen: Pres. Rb. Groningen 21 juni 2007, *LJN* BB9198, *RFR* 2008, 36 (A./B.); Rb. Amsterdam (k.g.) 12 juli 2007, *LJN* BA9482, *RFR* 2007, 128; Rb. Maastricht (vzr.) 29 augustus 2007 *LJN* BB2552; Rb. Assen (vzr.) 28 april 2009, *LJN* BI3649; Rb. Assen (vzr.) 23 maart 2010, *LJN* BL9070. Toewijzende beslissingen in Rb. Den Bosch 8 april 2009, *LJN* BI3469, *RFR* 2009, 101; Hof Amsterdam 14 april 2009, *LJN* BJ0948; Hof Den Haag 23 december 2009, *LJN* BL5244. Zie met betrekking tot de problematiek van toepassing van lijfswang en het belang van het kind om de gijzeling van één van zijn ouders gespaard te blijven A.L. Croes, ‘Recht op omgang en gijzeling’, *NTBR* 2000/7, p. 316-317.

29 Rb. Groningen 21 juni 2007, *LJN* BB9198, *RFR* 2008, 36.

doen, wat hem bij vonnis is verboden. Een crediteur heeft altijd de bevoegdheid om een verplichting om niet te doen reëel te executeren. We hebben dan te maken met een vordering tot nakoming, die zo nodig is af te dwingen met behulp van de sterke arm (art. 3:296 BW). Daarnaast is er artikel 3:299 lid 2 BW voor de situatie dat reeds in strijd is gehandeld met de verplichting om niet te doen. In dat geval kan de schuldeiser worden gemachtigd om op kosten van de betrokkene het met het verbod strijdige teniet te doen.

De gijzeling van zeer hardnekkige stalkers³⁰ en zwartrijders³¹ zijn voorbeelden van het sporadische gebruik van lijfswang bij deze categorie veroordelingen.

-
- 30 Gijzeling werd bevolen in Hof Den Bosch 7 mei 2001, *LJN* AB2141; Rb. Maastricht 15 mei 2002, *LJN* AF2542 (Stichting Mondriaan Groep/P.B.); Rb. Den Bosch (Kg.) 19 december 2002, *LJN* AF0713; Rb. Zwolle (vzr.) 3 juni 2003, *LJN* AF9424, *WR* 2003, 64 (Woningstichting Beter Wonen Vechtdal/gedaagde); Rb. Zwolle 9 maart 2004, *LJN* AO5288; Rb. Utrecht (vzr.) 28 december 2007, *LJN* BC0939; Rb. Utrecht 9 juli 2008, *LJN* BD6624, *PRG* 2008, 133 (Stichting Mitros/X.); Rb. Leeuwarden (k.g.) 30 juli 2008, *LJN* BD9742; Hof Arnhem 12 januari 2010, *LJN* BK9311 en Rb. Middelburg (vzr.) 1 april 2010, *LJN* BM8099. Lijfswang werd afgewezen in Rb. Leeuwarden (k.g.) 15 maart 2000, *LJN* BD9742; Rb. Groningen (k.g.) 7 maart 2003, *LJN* AF5503; Rb. Groningen (vzr.) 17 april 2003, *LJN* AF7546; Rb. Arnhem (vzr.) 4 mei 2005, *LJN* AT2987, *NJF* 2005, 340 (Van Laake/gedaagde); Rb. Den Haag (k.g.) 9 februari 2007, *LJN* AZ8130; Hof Leeuwarden (k.g.) 10 oktober 2007, *LJN* BB5471, *JBPr* 2008, 10 (Stichting LIMOR/geïntimeerde; m.nt. M.B. Beekhoven van den Boezem); Rb. Zutphen 5 december 2007, *LJN* BB9528; Rb. Almelo (k.g.) 3 december 2008, *LJN* BG6579; Rb. Leeuwarden (k.g.) 10 december 2008, *LJN* BG7766 (Stichting Talant Wonen/B.); Rb. Amsterdam (k.g.) 26 augustus 2009, *LJN* BK1468, *NJF* 2009, 442 (Kingfisher café/B.); Rb. Groningen (vzr.) 23 september 2009, *LJN* BJ9324 en Rb. Leeuwarden 21 april 2010, *LJN* BM2134; Rb. Roermond (vzr.) 12 mei 2010, *LJN* BM4218 (Mutsaersstichting/gedaagde). Vgl. ook H. Lenters, 'Tenuitvoerlegging bij lijfswang', *FJR* 1999-5, p. 96 die het versterken van een straatverbod met lijfswang niet mogelijk acht, omdat met de gijzeling de overtredding eindigt. Het voortduren van de overtredding tijdens gijzeling is echter geen voorwaarde voor toepassing van lijfswang (zie M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Doel en effect van dwangsom en lijfswang', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties (BWKJ 2003/19)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 188). Daarnaast wordt in de parlementaire toelichting op art. 589 Rv het straatverbod uitdrukkelijk genoemd als voorbeeld van een geval waarin lijfswang kan worden uitgesproken (zie Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening Burg. Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 514).
- 31 Pres. Rb. Dordrecht 22 juni 1999, *KG* 1999, 174 (NS Reizigers/T.R.); Pres. Rb. Utrecht 19 april 2001, *LJN* AB1248, *KG* 2001, 172 (NS Reizigers/X).

15.3.2 Overige vormen van civiele gijzeling

Ons civiele recht kent nog twee rechtsfiguren die enige gelijkenis met lijfswang vertonen: de verzekerde bewaring van de gefailleerde en de gijzeling van de weigerachtige getuige.³²

De faillissementsgijzeling is een dwangmiddel tegen plichtsverzuim van de failliet.³³ Inbewaringstelling is geen lijfswang, maar een middel om stagnatie in het beheer of de liquidatie van de boedel op te heffen.³⁴

De getuige die weigert een verklaring af te leggen, kan op verzoek van een belanghebbende worden gegijzeld. Bij nakoming van de getuigplicht gaat het om het belang van de waarheidsvinding. In die waarheidsvinding ligt de rechtsgrond voor de vrijheidsbeneming.³⁵

15.4 Executie van onderhoudsverplichtingen naar Nederlands recht

15.4.1 Afbakening

De rechter kan beschikkingen tot verhaal op grond van de WWB uitvoerbaar bij lijfswang verklaren. Bijstandsverhaal is bijvoorbeeld mogelijk op het minderjarige kind dat zijn onderhoudsplicht jegens zijn ouder(s) niet of niet behoorlijk nakomt.³⁶ Voor het overige is het toepassingsbereik van het verhaalsrecht van de gemeente op de onderhoudsplichtige identiek aan dat

32 Publiekrechtelijke dwangmiddelen die gelijkenis met lijfswang vertonen zijn er ook. Vgl. de strafrechtelijke dwangmiddelen van in verzekeringstelling (art. 57 e.v. WvSv); voorlopige hechtenis (art. 63 e.v. WvSv); borgsomverhaal (art. 83 WvSv); gijzeling van een weigerachtige getuige (art. 221 en 294 WvSv) en lijfswang ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 577c WvSv). Vgl. ook art. 28 WvSv (gijzeling tot verhaal van verkeersboeten); art. 28 Wet op de Parlementaire Enquête 2008 (gijzeling van een weigerachtige getuige of deskundige voor een enquêtecommissie) en art. 20 Invorderingswet 1990 (gijzeling van onwillige belastingdebiteuren).

33 J.C. van Apeldoorn, 'Mensenrechten en insolventie', *TvI* 2002-2, p. 66.

34 Molengraaf-Star Busman, *De Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1951, p. 356. Zie omtrent het bijzondere karakter van de faillissementsgijzeling ook J.P. Wittop Koning, 'Faillissementsgijzeling: anders dan gewone gijzeling?', *NJB* 1977, p. 53-533 en T.A.J. Keizers, 'De faillissementsgijzeling nader beschouwd', *AA* 1985, p. 593-600.

35 Vgl. art. 173 lid 2 Rv en Rutgers, (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 173, aant. 1.

36 Een minderjarig kind dat bij de ouder(s) inwoont en 'anders dan incidenteel' inkomen uit arbeid geniet, is verplicht naar draagkracht bij te dragen in de kosten van de huishouding van het gezin waarvan het deel uitmaakt (art. 1:253l lid 1 BW).

van de alimentatielijfswang, zodat ik het verhaal van verleende bijstand door middel van lijfswang hier niet apart bespreek.³⁷

Vanwege de geringe mogelijkheden voor lijfswang bij veroordelingen tot iets anders dan geld, beperk ik mij in het kader van deze bijdrage verder tot lijfswang ter verzekering van de nakoming van alimentatiebeschikkingen. Hieronder volgt eerst een beschrijving van de executie van alimentatiebeschikkingen naar Nederlands recht. Vervolgens komt (voornamelijk) het Belgische recht ter zake aan bod.

15.4.2 *Rechtsgrond partneralimentatie en kinderalimentatie*

De Hoge Raad ziet de rechtsgrond voor het vaststellen van een bijdrage in het levensonderhoud van een vroegere partner als een verplichting die berust op de levensverhouding zoals die door het huwelijk in het leven is geroepen, en die haar werking – zij het in beperktere vorm – behoudt ook nadat de huwelijksband is verbroken.³⁸

Tegenover kinderen wordt de rechtsgrond van de onderhoudsplicht gevormd door de zedelijke verplichtingen die bestaan op grond van de familieverhouding uit bloedverwantschap in rechte lijn.³⁹

15.4.3 *Alimentatielijfswang; toepassingsgebied*

Ingevolge artikel 585 aanhef en onder b Rv kan de rechter de tenuitvoerlegging bij lijfswang toestaan van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten waarbij een uitkering tot levensonderhoud is bevolen of toegezegd. Daarmee vormt deze categorie de enige uitzondering op de hoofdregel dat lijfswang niet mogelijk is bij veroordelingen die het betalen van geld inhouden. Het gaat hier om uitkeringen tot levensonderhoud in de zin van alimentatieverplichtingen,⁴⁰ om uitkeringen verschuldigd voor verzorging

37 Zie ook J.J. Bakker, 'De scherpe tanden van de gemeente. Over de toepassing van lijfswang bij verhaal van bijstand', *Sociaal Bestek* 1989-7, p. 1-3. Zie voor een voorbeeld waarin lijfswang werd toegepast tot verhaal van verleende bijstand HR 14 maart 2003, *LJN* AF2834, *NJ* 2003, 439 (C./Gemeente Nieuwegein).

38 HR 28 september 1977, *NJ* 1978, 432 m.nt. E.A.A. Luijten.

39 Th.M. Dorn, *Alimentatieverplichtingen*, Mon. (echt)scheidingsrecht deel 4a, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 19.

40 Vgl. art. 1:157; bij scheiding van tafel en bed: art. 1:169 lid 2 BW.

en opvoeding van een minderjarige⁴¹ en voor levensonderhoud en studie van een meerderjarige die de leeftijd van eenentwintig jaar niet heeft bereikt.⁴²

Artikel 585 aanhef en onder b Rv bevat nog de rubriek: ‘beschikkingen waarbij een uitkering krachtens artikel 85 lid 2 van Boek 1 van het BW door de ene echtgenoot of geregistreerde partner aan de andere is verschuldigd.’ Tenuitvoerlegging bij lijfswang van dergelijke beschikkingen is inmiddels echter niet meer mogelijk; artikel 1:85 lid 2 BW is per 2001 komen te vervallen.⁴³ Daarmee is tevens de verplichting tot het verschaffen van ‘huishoudgeld’ in de oude gedaante als ‘nogal kunstmatig’ en ‘van onvoldoende praktische betekenis’ afgeschaft.⁴⁴ Het verdient dan ook aanbeveling deze categorie uit de wettekst te schrappen.

15.4.4 Een ‘rake remedie’?

De essentie van lijfswang voor geldvorderingen is treffend verwoord door Tweede Kamerlid Beelaerts van Blokland op 21 februari 1828 tijdens een bespreking van het toen aanhangige wetsvoorstel van de eerste gijzelings-regeling:

‘De wet moet den wettigen schuldeischer beveiligen tegen de listen van kwaadwillige schuldenaren, welke er op uit zijn, om zich aan het betalen hunner schulden te onttrekken en tot dat einde hunne goederen verdonkeren en buiten bereik stellen; de persoon van de zoodanige moet door de wet kunnen worden getroffen, omdat zij niets dan hunnen persoon onder het bereik der wet hebben gelaten.’⁴⁵

Maar zit ‘m hierin niet meteen de crux? Is de schuldenaar buiten staat om aan de hoofdveroordeling te voldoen, dan mag de rechter geen gijzeling

41 Vgl. art. 1:247 BW; voor de stiefouder: art. 1:395 BW.

42 Vgl. art. 1:395a lid 1 BW; voor de stiefouder: art. 1:395a lid 2 BW.

43 Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275 (*Kamerstukken* 1999/01 27 084); in werking getreden op 22 juni 2001. Art. 1:85 lid 2 (oud) BW voorzag in een plicht van de ene echtgenoot aan de andere om contant geld te verstrekken voor huishoudelijke uitgaven (zie Asser-De Boer I 2006, nr. 231).

44 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 084, nr. 3, p. 7 (‘Waar in de huidige tijd het belang van betaling met chartaal geld afneemt en dat van girale betaling en betaling met pinpas, chipper of chipknip toeneemt, is er minder reden een afzonderlijke bepaling naast art. 1:84 BW te handhaven die de verplichting oplegt geld voor de gewone gang van de huishouding ter beschikking te stellen.’).

45 M.J.J. van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam 1839, p. 569-570.

bevelen.⁴⁶ Juist ten aanzien van de schuldenaren waarvoor lijfswang is bedoeld, zal het bijzonder lastig zal zijn om met enige zekerheid uit te maken of zij wel verhaal bieden. Hoe kan een rechter verklaren dat een schuldenaar verhaal biedt, wanneer hij niet weet van het bestaan van de vermogensbestanddelen van die schuldenaar? En daarvan zal de rechter bijna nooit weten. Immers, bezit de schuldenaar goederen, dan is lijfswang onnodig omdat deze goederen kunnen worden beslagen.⁴⁷ Bijt de lijfswangregeling zichzelf hier dan niet gewoon in de staart?

15.4.5 *Ratio*

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat lijfswang alleen niet is toegestaan wanneer de prestatie zelf onmogelijk is (geworden).⁴⁸ Sec betalingsonmacht is daarvoor onvoldoende. Bij lijfswang komt het aan op de betalingsonwil van de schuldenaar. Dit volgt uit artikel 1 van het Vierde Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM): ‘aan niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen op de enkele grond dat hij niet in staat is een contractuele verplichting na te komen.’ Hieruit blijkt dat enkele *onmacht* tot betaling niet toereikend is; er zal nog iets bij moeten komen. Dat ‘iets’ bestaat uit gebleken onwil van de debiteur. Dit laatste blijkt duidelijk uit de ratio van lijfswang bij uitkeringen tot levensonderhoud. De memorie van toelichting:

‘Het kan niet worden geduld, dat personen, die verplicht zijn tot het doen van een uitkering tot onderhoud en bij goede wil hun verplichtingen kunnen nakomen, die verplichtingen kunnen negeren en zich daaraan onttrekken zonder zich te bekommeren om het lot van de tot onderhoud gerechtigde.’⁴⁹

Vervolgd wordt dan met een omschrijving van enkele manifestaties van deze ‘onwil’. Het gaat om personen die in staat zijn om te werken, doch zonder meer niet werken, of personen die telkens van werkgever veranderen om aan loonbeslag te ontkomen en om personen die aanwezige vermogensbestanddelen op naam van derden zetten. Geconcludeerd wordt:

46 Zelfs niet wanneer de schuldenaar die onmogelijkheid (moedwillig) heeft veroorzaakt, zie art. 588 Rv.

47 Vgl. in dit verband de vrees van C.J.A. Bichon van IJsselmonde, *De afschaffing van den lijfswang* (diss. Utrecht), Utrecht: J.G. Broese 1885, p. 49 voor het ‘op de gis’ uitspreken van lijfswang.

48 Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. Herziening. Rv*, Deventer: Kluwer 2002, p. 513.

49 *Kamerstukken II* 1946/47, 515, nr. 3, p. 5-6.

‘In al deze en dergelijke gevallen schieten de gewone executiemiddelen op goederen tekort en moet het middel van lijfswang te hulp worden geroepen om voldoening van uitkeringen tot onderhoud te krijgen.’

Beslag zal in dergelijke gevallen inderdaad praktisch niet mogelijk zijn, en dwangsom ook niet, daar de dwangsomregeling een algemeen verbod bevat om geldsomveroordelingen met een dwangsom te versterken (art. 611a lid 1 Rv).

15.4.6 *Paradoxaal karakter*

Op het eerste oog heeft het iets tegenstrijdigs om iemand tot betaling te bewegen door hem van zijn persoonlijke vrijheid te beroven. Inherent aan gijzeling is dat geëxecuteerde gedurende de tenuitvoerlegging niet kan werken, en dus geen inkomen zal genieten. Heeft de schuldenaar echter vermogen dan zal hij – zo mogen we aannemen – liever de verduisterde goederen proberen boven water te krijgen, dan zijn persoonlijke vrijheid verliezen. Heeft de schuldenaar geen of nauwelijks inkomen, dan is de lijfswang een prikkel om de schuldenaar te bewegen tot het verwerven van een inkomen, zodat deze in de toekomst wél aan zijn verplichtingen kan voldoen teneinde aan verdere gijzeling te ontsnappen. Is er sprake van totale onmacht dan mag lijfswang niet worden uitgesproken. Lijfswang is aldus bedoeld om de onwillige aan te zetten tot die inspanningen die redelijkerwijs van hem als zorgvuldig schuldenaar mogen worden verwacht.

De rechtspraak laat zien dat een *habe nichts habe wenig*-verweer niet snel wordt gehonoreerd. Zo achtte de Bredase rechtbank de door een man overgelegde balansen van zijn onderneming over de jaren 1999 tot en met 2006 en de conceptbalans over 2007 een volstrekt ontoereikende onderbouwing van zijn betalingsonmacht. Om daadwerkelijk inzicht in zijn financiële positie te geven had het veeleer op zijn weg gelegen om gehele jaarrekeningen (balans-, winst- en verliesrekening en toelichting) over te leggen.⁵⁰ Onvoldoende was ook de onderbouwing van de betalingsonmacht door een brief van een accountant met daarin een opgave van het belastbaar inkomen van de man over 2004 tot en met 2006.⁵¹ Hetzelfde gold voor in een het geding gebracht rapport dat een advies bevatte over de waardebeoordeling van aandelen in de eigen holding.⁵² Eenzelfde lot beschoren was het verweer van de gedaagde die beweerde zelfs geen geld te hebben om een accountant jaarstukken te laten opmaken van zijn ondernemingen en als gevolg daarvan

50 Rb. Breda (vzr.) 18 april 2008, *LJN* BD5656, rov. 4.6.

51 Rb. Haarlem 6 juli 2007, *LJN* BA9693, rov. 4.4.

52 Rb. Breda (vzr.) 1 december 2008, *LJN* BJ1366, rov. 3.9.

zijn verweer met geen enkel stuk had onderbouwd.⁵³ Voor de Leeuwarder rechtbank faalde een beroep op niet toerekenbare betalingsonmacht ‘al was het alleen maar al omdat de onderhoudsplichtige ter terechtzitting had toegegeven 70.000 euro in een oude sok te bewaren.’ Verder had deze vrouw voor een bedrag van bijna 242.000 euro een recht van gebruik en bewoning van haar dochter gekocht, daarmee de verdenking op zich ladende vermogensbestanddelen te hebben verduisterd om onder de bestaande alimentatieverplichting uit te komen.⁵⁴

Deze rechtspraak laat zien dat het aan de schuldenaar is om aannemelijk te maken dat het voor hem onmogelijk is om de alimentatieverplichtingen na te leven. Dat is ook wel te billijken. Uitgangspunt is immers dat de ex-partner krachtens een rechterlijke beslissing in staat is geacht om de daarin vastgestelde onderhoudsbijdrage te kunnen voldoen, in ieder geval zolang niet op een wijzigingsverzoek anders is beslist.⁵⁵

15.5 Executie van onderhoudsverplichtingen in België

15.5.1 De keuze voor België

Onze regeling van dwangsom is het product van de *Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom*. De Belgische dwangsomregeling is derhalve identiek aan de Nederlandse regeling. Bij de goedkeuringswet nam de Belgische wetgever de gelegenheid te baat om de lijfswang volledig af te schaffen. In België was met de wet van 27 juli 1871 de lijfswang al grotendeels afgeschaft, maar behouden als executiemiddel voor boeten opgelegd door de strafrechter en schadevergoedingen wegens een onwettige handeling.⁵⁶ Tot de wet op de dwangsom bleef lijfswang in

53 Rb. Maastricht 26 juli 2006, *LJN* AY5806, *JPF* 2006, 123, rov. 3.5.

54 Rb. Leeuwarden 6 oktober 2003, *LJN* AL9038, *NJF* 2004, 35, *KG* 2003, 281.

55 Vgl. art. 1:401 BW voor het wijzigings- of intrekkingverzoek.

56 Loi du 27 juillet 1871 sur la contrainte par corps (*B.S.* 28 juli 1871). De afschaffing van de lijfswang in België speelde zich af op initiatief van een liberale Minister van Justitie tegen de achtergrond van een hervorming van het handelsrecht. De afschaffing ervan was in het belang van de handelaren, een liberaal thema (vgl. D. Heirbaut, *Hadden/Hebben Ministers van Justitie een civielrechtelijk beleid?*, Mechelen: Kluwer 2005, p. 39-41). ‘Wanneer iemand vrijwillig een overeenkomst aangaat en zijn vertrouwen daar plaatst waar dit niet wordt verdiend, èn heeft verzuimd daartegen de nodige waarborgen te bedingen, dan heeft deze het aan zichzelf te wijten als hij schade lijdt. Er is geen reden waarom de wet hem een bijzondere bescherming zou moeten verlenen’, aldus luidde de gedachtegang (zie C.J.A. Bichon van Ijsselmonde, *De afschaffing van den lijfswang* (diss. Utrecht), Utrecht: J.G. Broese 1885, p. 336). Behalve de afschaffing

deze vorm in België bestaan.⁵⁷ Deze maatregel raakte echter geleidelijk aan in onbruik.⁵⁸ Volgens Vandeplas beschouwde iedereen de lijfswang intussen als volkomen nutteloos en ondoeltreffend. Ingeval de veroordeelde onvermogen was, diende hij in vrijheid te worden gesteld nadat hij zeven dagen lijfswang had ondergaan (art. 46 (oud) Strafwetboek (Sw)). ‘Waarom zeven dagen, als toch vaststond dat de man geen rode duit bezat?’, merkt deze schrijver op. Ingeval de schuldenaar wel over voldoende middelen beschikte dan diende de invordering met alle andere middelen rechtens te worden vervolgd.⁵⁹

Gevolg van een en ander is dat alimentatieveroordelingen naar Belgisch recht dus niet te executeren zijn via lijfswang of dwangsom.⁶⁰ Dat roept de vraag op: hoe worden alimentatiebijdragen dan van onwillige alimentatieplichtigen geïnd?

15.5.2 De strafbaarstelling van familieverlating

Met artikel 391bis Strafwetboek (Sw), *verlating van familie*, heeft de Belgische wetgever de tekortkoming in het uitkeren van onderhoudsgeld, waartoe iemand door een civiele rechter is veroordeeld, strafbaar gesteld.⁶¹ Onder familieverlating moet in dit verband enkel geldelijke verlating worden verstaan.⁶²

Ex-echtelingen zijn verplicht tot het voldoen van onderhoudsbijdragen aan uit het huwelijk geboren kinderen, en onder omstandigheden ook aan de andere (voormalig) echtgenoot (art. 1288 Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.))

van de lijfswang in handelszaken werd zo tegelijkertijd de lijfswang in civiele zaken afgeschaft.

57 Wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, *B.S.* 20 februari 1980.

58 Volgens Storme werd het middel zelden ingezet, ‘niet alleen omdat het bij toepassing zijn werking als dwangmiddel verliest, maar ook en vooral omdat de schuldeiser zelf de kosten van het verblijf in gijzeling moet dragen’ (zie M. Storme, ‘Een revolutionaire hervorming: de dwangsom’, *T.P.R.* 1980, p. 225).

59 A. Vandeplas, ‘Het einde van de lijfswang’, *R.W.* 1979-1980, p. 2079-2080.

60 Vgl. voor de dwangsom art. 1385bis Ger. W.

61 In navolging van een Franse wet van 7 februari 1924 werd dit misdrijf door de Wet van 14 januari 1928 in de Belgische strafwetgeving opgenomen (*B.S.* 26 jan. 1928).

62 Deze strafbaarstelling moet dan ook niet worden verward met strafbaarstellingen in de geest van art. 255 WvSr (een onderhoudsafhankelijke in hulpeloze toestand brengen of achterlaten door het onthouden van voedsel en verzorging, enzovoort) die zien op *materiële* familieverlating.

en 1305 Ger. W. voor scheiding van tafel en bed). Daarnaast zijn ouders verplicht bij te dragen in de kosten van opvoeding en opleiding van hun kinderen (art. 203 § 1 en 203bis BW). Artikel 391bis Sw bepaalt dat de persoon die gedurende twee maanden opzettelijk een van deze onderhoudsplichten niet nakomt een veroordeling riskeert tot een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of een geldboete van 50 tot 500 euro of een werkstraf van minimaal 45 tot 300 uur (art. 391bis lid 1 jo. art. 37ter § 1 Sw). Aan deze strafrechtelijke vervolging moet dan wel steeds een civiele procedure vooraf zijn gegaan waarin een onderhoudsbijdrage is opgelegd aan een van de gezinsleden.

In het strafrecht draagt de vervolgende partij de volledige bewijslast: deze partij zal moeten aantonen dat de niet-betaling (tenminste gedeeltelijk) te wijten is aan onwil van verdachte. Het klassieke verweer van de schuldenaar is ook hier dat hij over onvoldoende inkomsten beschikt om de rechterlijke beslissing na te leven. Vrijspraak komt echter pas in beeld als de schuldenaar zich kan beroepen op overmacht. Van overmacht is slechts sprake als de verdachte op geen enkele wijze heeft bijgedragen aan de onmogelijkheid waarin hij verkeert om de onderhoudsbijdragen te betalen. Overmacht wordt aanvaard als de verdachte wegens ziekte geen arbeid meer kan verrichten of buiten zijn toedoen, bijvoorbeeld door het faillissement van zijn werkgever, zijn inkomen verliest. Wanneer de schuldenaar zijn arbeidsovereenkomst beëindigt, weigert een inkomen te verwerven, vermogen wegschenkt, kortom: zich doelbewust onttrekt aan zijn financiële verplichtingen, dan zal dat in de straftoemeting worden meegewogen.⁶³

15.5.3 *Ratio*

De ratio van artikel 391bis Sw is de bescherming van gezinsbelangen.⁶⁴ De Belgische wetgever was van oordeel dat burgerlijke sancties niet (langer) volstonden om de onderhoudsverplichtingen te doen naleven. Betwijfeld werd het nut en de efficiency van civiele maatregelen zoals loonbeslag (art. 1409 Ger. W.) bij insolventie van de debiteur die het gevolg was van de eigen onwil.⁶⁵ In de parlementaire behandeling is gesignaleerd dat sommige landen bij onderhoudsverplichtingen in lijfswang voorzien. De

63 B. de Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2005, nr. 109-116.

64 Verslag der Centrale Sectie, *Parl. Besch.*, Kamer, 1926-1927, nr. 222.

65 L. Dupont, *Verlating van familie*, Gent: E. Story-Scientia 1975, nr. 6. Vgl. ook de opmerkingen van de Centrale Sectie tijdens de parlementaire beraadslaging van 1868 over hoe de Regeering de leemte, die door de afschaffing van de lijfswang in de wetgeving zou ontstaan, dacht op te vullen. De Regeering antwoordde dat het niet uitgesloten zou zijn dat het strafrecht zou moeten worden

Belgische wetgever wilde echter de gewetenloze debiteur straffen, om zo de desintegratie van de familie – ‘de basis van een gezonde maatschappij’ – tegen te gaan. Lijfswang was daartoe onvoldoende. Daarnaast zou volgens de Belgische wetgever lijfswang een onvoldoende preventieve werking hebben om tekortkomingen te beletten. Een strafrechtelijke sanctie werd noodzakelijk geacht.⁶⁶ Justitie mag niet onmachtig toekijken wanneer iemand zich openlijk onttrekt aan wettelijke en natuurrechtelijke plichten. Het bestraffen van deze uiting van slechte wil is het ideële motief achter de familieverlating. Dat onderhoudsbehoevenden vervolgens op overheidsbijstand zijn aangewezen is het materiële motief.

Volgens De Smet bestaat het doel van artikel 391bis Sw veeleer in het afdwingen van respect voor rechterlijke beslissingen, dan in het beschermen van de belangen van de onderhoudsgerechtigde. Het misdrijf familieverlating moet aldus worden opgevat als een vorm van *contempt of court*: strafbaar is de doelbewuste miskenning van een rechterlijke beslissing op een moment dat de schuldenaar daaraan was gebonden.⁶⁷

15.5.4 *Paradoxaal karakter*

Betwijfeld kan worden of strafrechtelijke vervolging wel de meest geschikte manier is om de schuldenaar tot betaling aan te zetten. De gevangenisstraf kan de veroordeelde beroven van zijn werk en inkomen. Een werkstraf dient kosteloos te worden verricht (art. 37ter §1 Sw). De geldboete valt toe aan de staat, en maakt de uitvoering van de onderhoudsplicht vaak nog moeilijker. Daarnaast wordt een veroordeling vermeld op het strafblad, wat de kansen op de arbeidsmarkt weer niet bevordert. Is het dan niet de onderhoudsgerechtigde zelf die nog het meest de ‘pijn’ van het strafrechtelijk tussenkomen zal ervaren?

Aan de strafrechtelijke bescherming zien de Belgen toch voordelen.⁶⁸ Aangenomen wordt dat (de dreiging met) strafsancities een groot aantal onderhoudsplichtigen ertoe aanzet (meer) geld opzij leggen om

uitgebreid (zie C.J.A. Bichon van IJsselmonde, *De afschaffing van den lijfswang* (diss. Utrecht), Utrecht: J.G. Broese 1885, p. 329-330).

66 J.M. Michiels, *De Verlating van Familie in Belgisch en Frans recht*, Antwerpen: De Sikkel 1954, nrs. 3-5.

67 B. de Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2005, nr. 24.

68 J.M. Michiels, *De Verlating van Familie in Belgisch en Frans recht*, Antwerpen: De Sikkel 1954, nr. 8 (‘De noodzakelijkheid en de gegrondheid worden niet meer ernstig betwist. Het delict van “verlating van familie” heeft burgerrecht verkregen in het strafrecht en niemand denkt er nog aan het dit te ontzeggen.’).

onderhoudsbetalingen te doen, of extra inspanningen te leveren om achterstanden te vereffenen, zoals het zoeken van werk.⁶⁹ Daarnaast kunnen debiteuren via een rechterlijke genademaatregel, zoals een milde straf of opschorting daarvan op grond van de Probatiewet, na de veroordeling nog aan de uitvoering van de straf ontsnappen door de schuld alsnog af te lossen. Met het oog daarop voeren de parketten en rechtbanken dan ook een beleid om de veroordeling zo lang mogelijk uit te stellen. Ook na een veroordeling behoudt de familieverlating een functie als pressiemiddel voor de debiteur, alleen al vanwege de kans op strafverzwaring wegens recidive.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat het hier gaat om een correctionele straf en niet om vervangende hechtenis. Het ondergaan van de straf levert dus geen kwijting op van de schuld.

15.6 Evaluatie: Is familieverlating iets voor ons?

15.6.1 Inleidende opmerkingen

De vergelijking van stelsels laat zien dat ondanks een afschaffing van lijfswang in het Belgische recht het niet betalen van alimentatie ook in België tot beneming van de persoonlijke vrijheid van de wanbetaler kan leiden. De rechtsgrond voor die onvrijwillige opsluiting wordt het Belgische rechtstelsel gevonden in de bestraffing van de ongehoorzaamheid aan het rechterlijk vonnis. Voor het Belgische recht vervult de daarop gestelde sanctie tevens een soort executiefunctie. Met lijfswang daarentegen wordt geen bestraffing beoogd: een lijfswangveroordeling is enkel gericht op executie van de veroordeling waaraan dit dwangmiddel wordt verbonden.⁷⁰ Toch is lijfswang in de literatuur meer dan eens het rechtskarakter van een straf toegedicht.⁷¹ Is lijfswang werkelijk een straf, dan schiet de huidige

69 B. de Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2005, nr. 85.

70 'Lijfswang toch is geene straf, die den schuldenaar wegens niet voldoening zijner verbindtenis wordt opgelegd; maar het is een middel van burgerlijk recht, om den schuldenaar te dwingen, zijne burgerlijke verpligting te vervullen, tot welke hij zich, of door overeenkomst, of door de gevolgen van eenig feit, verbonden heeft, en tot welker vervulling hij, bij regterlijk vonnis in burgerlijke regtspleging gewezen, veroordeeld is: de schuldeischer, die het vonnis heeft verkregen, heeft dan ook het volkomenste verkregen regt, om van het dwangmiddel gebruik te maken, tot het einde zij bereikt.' (M.J.J. van den Honert, , *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam 1839, p. 570.)

71 Om die reden is Blauw van mening dat lijfswang 'ten minste in strijd moet worden geacht met de geest van het EVRM' (zie R.M. Blauw, *Executiemiddelen. De sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie*

civielrechtelijke lijfswangregeling tekort. Zo verdraagt de bewijslastverdeling ter zake van de betalingsonmacht zich bijvoorbeeld slecht met het strafrechtelijke beginsel van de onschuldpresumptie. Nu is het immers aan de debiteur om te bewijzen dat hij onvoldoende inkomsten heeft waardoor het voor hem onmogelijk is om aan zijn alimentatieverplichtingen te voldoen. Het hoeft geen betoog dat het civiele proces, waarin een lijfswangveroordeling wordt uitgesproken, zich behalve met de onschuldpresumptie ook slecht met andere strafrechtelijke beginselen verhoudt.⁷² Een invoering van de Belgische familieverlatingsfiguur in ons recht ten faveure van de alimentatielijfswang lost deze problemen op. Maar bestaat daartoe daadwerkelijk strafrechtelijke noodzaak? En is familieverlating tegen niet-nakoming van alimentatiebeschikkingen wel een in ons recht passende en even rake remedie als lijfswang?

15.6.2 *Geen straf*

In verband met de toepasselijkheid van het EVRM, is het antwoord op de vraag of lijfswang een strafrechtelijk karakter heeft niet enkel meer aan het nationale recht voorbehouden. Artikel 5 lid 1 aanhef en onder b van dit verdrag lijkt vrijheidsbeneming als dwangmiddel in civielrechtelijke verhoudingen overigens te sanctioneren. Dit artikel spreekt immers van rechtmatige detentie 'wegens het niet naleven van een overeenkomstig de wet door een gerecht gegeven bevel of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren.'

Evenmin valt uit de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens af te leiden dat lijfswang per definitie zou thuishoren in het strafrecht. Uit het arrest Oztürk blijkt dat voor het aannemen van de kwalificatie van strafbepaling doorslaggevend is of een algemene norm wordt gesanctioneerd.⁷³ Van belang is ook het karakter van het vergrijp en het doel van de maatregel. Welnu, lijfswang ziet op een uitspraak waarin een civielrechtelijke norm wordt vastgelegd die enkel geldt voor de twee specifieke civiele partijen tussen wie de uitspraak is gewezen. De overtreden

dan het betalen van geld, Preadvies NVvR, Deventer: Kluwer 1980, p. 13). Zie ook Losbl. Rv, art. 585-598 (F.M.J. Jansen), aant. 2. Vgl. ook Körver die enkele strafrechtelijke trekken van lijfswang belicht (P.H.J. Körver, 'De lijfswang heeft een januskop', AA 2007-9).

72 Vgl. bijvoorbeeld de waarheidsplicht van art. 21 Rv met betrekking tot de plicht om incriminerende stukken over te leggen in het licht van het *nemo tenetur*-beginsel in strafzaken ('niemand is verplicht aan zijn eigen veroordeling mee te werken').

73 EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Oztürk).

norm is dus niet algemeen van aard.⁷⁴ Het niet-naleven van een civielrechtelijk vonnis is naar Nederlands recht al evenmin een strafbaar vergrijp. Het doel van lijfswang is ten slotte niet bestraffing maar afschrikking.

Bovendien heeft de lijfswang geen definitief karakter; te allen tijde kan de geëxecuteerde zijn ontslag uit de gijzeling verzoeken. In aanvulling hierop is de lagere rechtspraak geneigd de schuldenaar die enige tijd in gijzeling heeft verbleven uit zijn gijzeling te ontslaan, omdat gelet op het tijdsverloop niet meer te verwachten is dat de gegijzelde zijn houding nog zal wijzigen.⁷⁵ Hiermee lijkt ook het Belgische bezwaar dat lijfswang door tenuitvoerlegging van een pressiemiddel tot een strafmaatregel verwordt voldoende ondervangen.

Gelet op het voorgaande kan lijfswang naar mijn mening niet worden gekwalificeerd als straf.

15.6.3 Past familieverlating in ons recht?

In de strafbaarstelling van familieverlating klinkt het concept van contempt of court door, een rechtsfiguur bekend uit de common law.⁷⁶ In Engeland is *committal* (gijzeling) wegens *civil contempt of court* mogelijk bij ongehoorzaamheid aan een civielrechtelijk veroordelend vonnis, bijvoorbeeld tot *alimony* en/of *child support*. De stelling dat niet-nakoming van een rechterlijk gebod of verbod in Engeland strafbaar is, gaat echter niet op.⁷⁷ *Imprisonment for civil contempt* is meer executiemiddel dan straf.⁷⁸ Zo is

74 In gelijk zin M.B. Beekhoven van den Boezem, 'Doel en effect van dwangsom en lijfswang', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BWKJ 2003/19), Deventer: Kluwer 2003, p. 185.

75 Volgens Körver volgt bij iedere tenuitvoerlegging dit punt automatisch – 'een *educated guess* zijnerzijds' – na zes maanden (zie P.H.J. Körver, 'De lijfswang heeft een januskop', AA 2007-9, op p. 666-667, waar hij deze claim onderbouwt met enige rechtspraak).

76 Contempt of court kent twee vormen. Bij *criminal contempt* gaat het om 'minachting van het hof'; obstructie van de rechtsgang. Bij *civil contempt* gaat het om de sanctionering van een in een civiel vonnis vervat rechterlijk bevel dat wordt genegeerd. Het contempt of court-recht is deels geregeld in de Contempt of court act 1981 en voor het overige te vinden in *case law*.

77 Hoewel men deze stelling in de literatuur nog weleens aantreft; zie bijvoorbeeld C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, nr. 40.

78 In gelijke zin R.M. Blaauw, *Executiemiddelen. De sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld*, Preadvies NVvR, Deventer: Kluwer 1980, p. 47. De van civil contempt beschuldigde kan ook niet beschikken over typische strafprocessuele rechten, zoals de regel dat

het aan de oorspronkelijk eiser om de committal te verzoeken. Is de overtreder gegijzeld, dan kan hij steeds zijn ontslag verzoeken. Het aanzuiveren van de schuld door de debiteur (*to purge his contempt*) levert bijvoorbeeld een grond voor ontslag op. De schuld laat zich evenwel niet aflossen door het spenderen van tijd in gijzeling. De rechter is overigens geheel vrij in de beslissing om gijzeling al dan niet te bevelen. Gijzeling zal de rechter echter achterwege moeten laten wanneer (verdere) tenuitvoerlegging kennelijk niet tot gehoorzaamheid aan het vonnis zal leiden. Wanneer nakoming van het vonnis op andere wijze kan worden afgedwongen, door *sequestration* (beslag op goederen) of *fine* ('dwangsom'), wordt gijzeling ook achterwege gehouden.⁷⁹

Het leerstuk van (civil) contempt of court is nauwelijks ontwikkeld in het Nederlandse recht.⁸⁰ Een verklaring daarvoor ligt waarschijnlijk in het verschil in rechtscultuur, in het bijzonder met betrekking tot de taakopvatting van de rechterlijke macht. Waar in Nederland de positie van de rechterlijke macht ondergeschikt is aan die van de wetgever, wordt in de common law uitgegaan van het primaat van de rechter. De ratio van contempt of court is het beschermen van het gezag van de rechterlijke macht, en daarmee het waarborgen van het vertrouwen in de rechtspleging. Tegen die achtergrond is het aan de Engelse rechters om het recht te waarborgen. Daartoe zijn zij voorzien van een *inherent power* om tegen contempt op te treden. De Nederlandse rechter, die zijn gezag ontleent aan de wet, komt traditioneel

hij zijn onschuld niet hoeft te bewijzen, het zwijgrecht, de *hearsay rule* en de *double jeopardy rule* (*ne bis in idem*), zie N. Keijzer, *Contempt of court*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 11.

79 Zie over deze materie uitvoerig C.J. Miller, *Contempt of Court* (3rd ed) Oxford University Press Oxford 2000.

80 Een wettelijke uitzondering is de strafbaarstelling van deelneming in een door de rechtbank wegens strijd met de openbare orde verboden en ontbonden rechtspersoon (vgl. art. 2:20 lid 1 BW jo. art. 140 lid 2 WvSr). Hoewel hierin iets lijkt te zitten van een bestraffing van de miskenning van het rechterlijk verbod, is het belang dat deze strafbepaling beoogt te beschermen gelegen in de aantasting van de openbare orde (zie Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Wetboek van Strafrecht* (Fokkens) aant. 6 op art. 140 WvSr). De Kempkes/Samson-rechtspraak komt het dichtst in de buurt van een jurisprudentiële uitzondering. In dat arrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat dwangsommen die verbeurd zijn wegens het niet naleven van een bevel van de kortgedingrechter, ook verbeurd blijven na een andersluidend oordeel in de bodemprocedure. Rechtsgrond daarvoor is de niet-nakoming van het rechterlijk bevel (zie HR 22 december 1989, *LJN AD0992*, *NJ* 1990, 434 (Kempkes/Samson; m.nt. W.H. Heemskerck), rov. 3.2.).

een bescheidener positie toe, zodat contempt of court mijns inziens (vooralsnog) minder goed in ons recht past.⁸¹

Overigens is evenmin als in Nederland het niet-naleven van een civiel-rechtelijk vonnis in België een strafbaar feit. De strafbaarstelling van de ongehoorzaamheid aan een alimentatieveroordeling lijkt dan ook op een opmerkelijke trendbreuk in het Belgische stelsel.

15.6.4 *Familieverlating: een ‘rake remedie’?*

Doel van lijfswang is het optimaliseren van de kans dat een hoofdveroordeling wordt nageleefd. De (dreiging met) gijzeling wordt ingezet om de debiteur tot nakoming van de alimentatiebeschikking te dwingen. Familieverlating vervult eenzelfde functie als pressiemiddel, naast het repressieve doel van bestraffing van de ongehoorzaamheid aan de alimentatieveroordeling. Een van de gedachten achter de familieverlating is immers geweest dat de dreiging met strafsancities onderhoudsplichtigen ertoe aanzet onderhoudsbetalingen te doen teneinde aan strafvervolging te ontkomen. Ter verwezenlijking van het doel maken lijfswang en familieverlating gebruik van hetzelfde middel: onvrijwillige opsluiting. Kan dit gekozen doel (preventie) even goed, dan wel beter worden bereikt met een vervanging van lijfswang door familieverlating?

Van vrijheidsbeneming op strafrechtelijke titel, zoals bij familieverlating, zal niet (veel) meer preventief effect uitgaan dan van vrijheidsbeneming op civielrechtelijke titel, zoals bij lijfswang. Aangenomen mag immers worden dat in beide gevallen de opsluiting eenzelfde dwang of belasting zal uitoefenen op de psyche van de schuldenaar.

Een straf is voorts een vrij grof middel ter executie van een onderhoudsverplichting. Waar bij lijfswang de duur van het verblijf in gijzeling niet op voorhand vaststaat, maar de debiteur die duur in zekere zin in eigen handen heeft, is een vrijheidsstraf op grond van familieverlating definitief. Naar Belgisch recht is het de rechter niet toegestaan om een veroordeling wegens familieverlating uit te spreken onder de voorwaarde dat het achterstallig onderhoud binnen een bepaalde tijd moet worden betaald. Dat daar wel behoefte aan is, blijkt uit het feit dat Belgische rechters geneigd zijn de veroordeling telkens weer uit te stellen om af te wachten of de verdachte inmiddels

81 In gelijke zin N. Keijzer, *Contempt of court*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 27-29, die erop wijst dat rechtsculturen natuurlijk geen statische gegevenheden zijn, maar zich toch geen voorstander betoont van een implementatie van contempt of court in het Nederlandse recht.

doet wat hij kan om schuld in te lossen.⁸² Onder de dreiging van geldboete of hechtenis wordt het strafproces aldus als indirect executiemiddel gebruikt.⁸³ Wanneer een voorwaardelijke veroordeling zoals hiervoor bedoeld wel mogelijk zou zijn, hebben we mijns inziens slechts nog te maken met een strafrechtelijke variant van lijfswang. Nu in de huidige opzet van familieverlating de geldboete ook nog eens toevalt aan de schatkist, zal een strafvervolgning de alimentatiecrediteur niet baten. Integendeel, de financiële positie van de debiteur zal dientengevolge juist verslechteren. Dit euvel lijkt ten aanzien van de boete betrekkelijk makkelijk te verhelpen door deze aan de alimentatie-eiser toe te kennen, hoewel dat uiteraard weer zo z'n eigen invorderingsproblemen oplevert. Tot slot blijft het de vraag of het strafrecht zich wel in familieverhoudingen zou moeten inmengen.⁸⁴ Overigens zien de Belgen zelf aan de artikel 391bis-procedure nog één groot nadeel: tijdverlies. Tussen de niet-nakoming en de uiteindelijke veroordeling van de alimentatiedebiteur zit een aanzienlijk tijdsverloop. De ervaring in België heeft geleerd dat kwaadwilligen de openstaande rechtsmiddelen – verstek en hoger beroep – niet onbenut laten enkel en alleen om de veroordeling uit te stellen. Na een lijfswangveroordeling kan vrijwel direct worden gegijzeld: de gijzeling vangt aan één dag na de betekening van het vonnis, terwijl verlof tot dadelijke tenuitvoerlegging ook mogelijk is (art. 591 Rv). De wet biedt uitdrukkelijk de mogelijkheid om in kort geding een uitvoerbaarverklaring bij lijfswang te vragen (art. 586 Rv). De daarop volgende veroordeling kan dan weer uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

15.7 Besluit

In deze bijdrage stond de vraag centraal of het Nederlandse recht, evenals het Belgische recht, niet ook buiten de remedie lijfswang kan. Na (jurisprudentie)onderzoek naar het toepassingsgebied is mij echter gebleken

82 Vgl. J.M. Michiels, *De Verlating van Familie in Belgisch en Frans recht*, Antwerpen: De Sikkel 1954, nr. 8; L. Dupont, *Verlating van familie*, Gent: E. Story-Scientia 1975, nr. 7; B. de Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2005, nr. 85.

83 Rubbrecht spreekt zelfs van het strafproces dat, met de beste bedoelingen overigens, als een soort van chantagemiddel wordt misbruikt (zie J. Rubbrecht, 'Voorwoord', in: J.M. Michiels, *De Verlating van Familie in Belgisch en Frans recht*, Antwerpen: De Sikkel 1954, p. 5).

84 Een vraag die op zichzelf ook in België ter discussie staat (zie J.M. Michiels, *De Verlating van Familie in Belgisch en Frans recht*, Antwerpen: De Sikkel 1954, nr. 8; L. Dupont, *Verlating van familie*, Gent: E. Story-Scientia 1975, nr. 7; B. de Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2005, nr. 185). Omdat die discussie het bestek van deze bijdrage te buiten gaat, zal ik daarop niet nader ingaan.

dat lijfswang wel degelijk een functie heeft in ons recht, in het bijzonder bij de executie van alimentatieveroordelingen. Omdat beslag hen vaak feitelijk onmogelijk wordt gemaakt en het andere indirecte executiemiddel – dwangsom – hen niet ter beschikking staat, zijn het de alimentatiecrediteuren bij uitstek die behoefte hebben aan lijfswang als uiterste executiemiddel. Omdat de alimentatiegerechtigde vaak ter verkrijging van de onderhoudsbijdragen de alimentatiedebiteur moet bevechten, pleit ik nu dan ook juist voor een behoud van de mogelijkheid van lijfswang in alimentatiezaken. Dit baseer ik bijvoorbeeld op de casus die aanleiding gaf tot het vonnis van Voorzieningenrechter Rechtbank Maastricht van 26 juli 2006, *LJN AY5806*, *JPF* 2006, 123. Het ging hier om een man die veroordeeld was om maandelijks een bedrag te voldoen aan de vrouw als bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud. De man die verschillende bedrijven bezat, dure vakanties vierde en in een luxueuze Nissan Patrol rondreed, moest een ruim inkomen genieten. Verhaal van de achterstallig alimentatie – inmiddels opgelopen tot zo'n 35.000 euro – bleek echter onmogelijk. De onroerende zaken van de man waren allemaal op last van de hypotheekhouders te gelde gemaakt nadat hij de hypotheeklasten niet meer had voldaan. Derdenbeslag op de rekeningen van zijn bedrijf bleek ineffectief, omdat er geen saldi op genoemde rekeningen voorkwamen. De auto stond niet op naam van de man, maar was door een bevriende relatie van de man gekocht. Deze relatie zou de auto vervolgens weer kosteloos aan de man ter beschikking hebben gesteld. Daarbij nam, aldus de man, zijn broer de kosten van de auto – inclusief benzine – voor zijn rekening. De rechtbank oordeelde mijns inziens terecht dat lijfswang de enig overgebleven mogelijkheid was voor de vrouw. In dergelijke gevallen waar 'handige' mensen er een sport van maken om de aanspraken van hun ex-echtgenoot te frustreren, meen ik dat lijfswang onmisbaar is ter verzekering van de nakoming van de alimentatiebeschikking. Niet alleen de alimentatiegerechtigde is daarbij gebaat, maar ook de samenleving als geheel omdat die anders opdraait voor de noodzakelijke bestaanskosten van de alimentatiegerechtigde. Dat de gemeente vervolgens kan beschikken over lijfswang ter verhaal van de aan de alimentatiegerechtigde verleende bijstand op de alimentatieschuldige, heeft dan ook van harte mijn instemming.

De leemte die de afschaffing van de lijfswang in België heeft gelaten bij de executie van onderhoudsverplichtingen is voor het Belgische recht opgevuld met het delict van verlating van familie. Hoewel dat niet de primaire bedoeling van de wetgever is geweest, lijkt met familieverlating toch een soort van lijfswang te zijn heringevoerd. De Belgische rechters lijken geneigd te zijn de oplegging van de straf uit te stellen om af te wachten of de verdachte inmiddels doet wat hij kan om de schuld in te lossen. Het

strafproces wordt aldus als indirect executiemiddel gebruikt. Zo bezien lijkt het Belgische stelsel na de afschaffing van de lijfswang niet per definitie zonder lijfswang te kunnen. De Belgische oplossing bestaande uit de strafbaarstelling van familieverlating lijkt me voor ons recht intussen niet te verkiezen boven lijfswang. Anders dan de Belgische wetgever ben ik van mening dat er geen noodzaak is tot regulering via het strafrecht, omdat lijfswang geen straf is. Het strafbaar stellen van de niet-naleving van een civielrechtelijk vonnis past mijns inziens minder goed in ons rechtsstelsel. Daarnaast zal van een strafbepaling niet meer preventief effect uitgaan dan van lijfswang. Zowel de geldboete als de gevangenisstraf verzwakken de financiële positie van de schuldenaar, zodat de strafbaarstelling zich qua opzet en uitwerking minder goed leent als executiemiddel voor alimentatieschulden.

Tot besluit wil ik dan ook graag onderschrijven wat W.H. Heemskerk onder nr. 239 in W. Hugenholtz's Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht stelt:

‘Lijfswang wordt niet dikwijls door de rechter toegepast en in nog minder gevallen ten uitvoer gelegd. Men moet lijfswang zien als een laatste dwangmiddel voor extreme gevallen van onwil. In die gevallen kan het echter niet worden gemist.’

XVI De rekening voor het eigen gedrag?

I. Tillema

In deze bijdrage bespreek ik de proceskostenveroordeling als middel voor de civiele rechter om op te treden tegen partijen die handelen in strijd met hun plicht om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In hoeverre maakt de rechter daarvan in de praktijk gebruik, wat zijn daarvoor de redenen, wat zijn de (on)mogelijkheden van deze functie van de proceskostenveroordeling en wat kan uit het onderzoek worden afgeleid ter beantwoording van de vraag of de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument voor de rechter een rake remedie is?

16.1 Inleiding

Partijen gedragen zich in een procedure voor de burgerlijke rechter niet altijd even correct. Zolang het bij ‘geciviliseerd geweld’¹ blijft, is dat inherent aan het civiele proces. Het gedrag kan evenwel de eerlijkheid, effectiviteit of efficiëntie van het proces dusdanig verstoren dat het gewenst is dat de rechter ingrijpt. Een mogelijkheid daartoe biedt artikel 21 Rv, dat partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Bij niet-naleving van die plichten kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. In de parlementaire geschiedenis van artikel 21 Rv is als nadere uitwerking van die gevolgtrekking onder andere gewezen op de mogelijkheid om de nalatige partij ‘bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag (te) presenteren’.² Door bij de invulling van de geraden gevolgtrekking te wijzen op de proceskostenveroordeling heeft de wetgever mogelijk bedoeld op een van de hoofdregel afwijkende functie van de proceskostenveroordeling, te weten een instrument ter sanctionering van ongewenst procedureel gedrag. Mijn eerste indruk, die is gebaseerd op de werkervaring die ik tijdens mijn studie heb opgedaan bij de Rechtbank Rotterdam, is dat de proceskostenveroordeling een rake remedie zou kunnen zijn wanneer een partij door het procedureel ongewenste handelen van haar wederpartij op extra kosten wordt gejaagd, maar dat van deze functie van de proceskostenveroordeling niet veel

1 M. Storme, ‘Het proces, een vorm van geciviliseerd geweld’, in: M. Storme, *Rechtspraak in opspraak*, Antwerpen: Kluwer 1980, p. 83 e.v.

2 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 149.

gebruik wordt gemaakt. Dit heeft mij ertoe gezet om in het kader van het thema Rake Remedies die indruk te toetsen. De proceskostenveroordeling als remedie tegen handelen in strijd met artikel 21 Rv staat daarom centraal in deze bijdrage en ik zal deze onderzoeken aan de hand van de volgende probleemstelling: in hoeverre is de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument voor de rechter een rake remedie tegen een partij die handelt in strijd met artikel 21 Rv?

Ter beantwoording van die vraag zal ik in het navolgende allereerst een omschrijving geven van gewenst procedureel gedrag in de zin van artikel 21 Rv en de consequentie die is verbonden aan het niet voldoen aan die verplichting. Aan de hand van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek dat ik heb gedaan, zal ik in paragraaf 3 aantonen dat in de praktijk relatief weinig gebruik wordt gemaakt van de proceskostenveroordeling als invulling van de geraden gevolgtrekking als bedoeld in artikel 21 Rv. Mogelijke oorzaken hiervan zal ik bespreken in paragraaf 4. Naast voormeld jurisprudentieonderzoek en de literatuur zal ik daarbij putten uit de resultaten van een verkennend en kwalitatief onderzoek dat ik heb uitgevoerd door aan een aantal rechters de volgende vraag voor te leggen: ‘Zou u als geraden gevolgtrekking als bedoeld in artikel 21 Rv gebruikmaken of heeft u gebruikgemaakt van de mogelijkheden die de proceskostenveroordeling biedt en waarom wel of niet?’³ In paragraaf 5 zal ik argumenten bespreken die vóór het gebruik van de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument pleiten. Na een korte blik op de nieuwe Belgische proceskostenregeling zal ik in paragraaf 7 afronden en terugkomen op bovenstaande probleemstelling.

16.2 Het eigen gedrag: de waarheids- en volledigheidsplicht

Artikel 21 Rv is opgenomen in de derde afdeling van titel I, de afdeling die ziet op de taakverdeling in de burgerlijke procedure tussen partijen enerzijds (en tussen hen onderling) en de rechter anderzijds. De verplichting voor partijen om alle voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, is niet alleen in het belang van de procederende partijen, maar ook in dat van de rechter:

‘(...) vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te bemoeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door

3 De vraag heb ik per mail voorgelegd aan alle rechters van de sector civiel van de Rechtbank Rotterdam. In de mailgroep zijn 37 rechters opgenomen. Daarvan hebben er 14 gereageerd.

hem benodigde gegevens, die wel binnen het bedoelde kader vallen, te onthouden.⁴

In breder verband valt de verplichting binnen het algemene belang dat op een efficiënte en effectieve wijze gebruik wordt gemaakt van het burgerlijk proces.

Volgens de minister vormt artikel 21 Rv een wettelijke erkenning en vastlegging van een al langer

bestaande ontwikkeling, waarin in toenemende mate wordt getracht te bevorderen dat de beslissing van de rechter zo veel mogelijk recht doet aan de materiële werkelijkheid.⁵ Hierbij wijst hij op de uitspraak van de Hoge Raad van 4 oktober 1996. In deze uitspraak is bepaald dat sprake is van bedrog in de zin van artikel 382 Rv wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden.⁶ In dit verband kan ook worden gewezen op Van den Reek, die in 1997 constateert dat de Hoge Raad uit het ongeschreven procesrecht (goede procesorde en de redelijkheid en billijkheid) nadere regels heeft afgeleid met betrekking tot de processuele houding die partijen jegens elkaar in acht hebben te nemen.⁷ En Star Busmann-Rutten noemt reeds in 1972 beide componenten van het huidige artikel 21 Rv:

‘Mitsdien moeten de partijen de rechter omtrent betwiste rechtsfeiten niet slechts de nodige gegevens verstrekken, maar zij moeten dit naar waarheid doen. (...) Toegegeven dat de wetgever de waarheidsplicht in het proces niet met zoveel woorden aan partijen heeft opgelegd, dat hij haar onderstelt staat nochtans vast.’⁸

4 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 147.

5 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 152.

6 HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 (Goosen/Goosen).

7 W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht. Beschouwingen over de verhouding tussen de rechter en partijen en tussen partijen onderling naar Nederlands en Engels recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 217.

8 Mr. C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1972, nr. 208.

Artikel 21 Rv heeft dus een visie op procederen vastgelegd die voorheen al bestond.⁹ ‘Nieuw’ was dat de rechter een instrument in handen werd gegeven ter handhaving van die visie: de geraden gevolgtrekking.¹⁰ De koppeling van deze sanctie aan de verplichtingen van artikel 21 Rv riep vragen op tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Zo vonden leden van de PvdA-fractie de sanctie ‘te zacht’ en leden van de GPV- en RPF-fractie de sanctie ‘te vrijblijvend’. Maar vanwege de onbepaaldheid van de omstandigheden van het geval wilde de wetgever bij de sanctionering geen sturende rol spelen. De geraden gevolgtrekking hield dus stand, om de rechter in overeenstemming met de omstandigheden te kunnen laten reageren en zo tot redelijke resultaten te komen. Wel gaf de minister bij meerdere gelegenheden bij de behandeling van artikel 21 Rv aanwijzingen over mogelijke invullingen van die gevolgtrekking:

- het verzwaren van de bewijslast van de nalatige partij;
- het buiten beschouwing laten van onjuiste of onvolledige stellingen of deze niet zonder meer als juist aanvaarden;
- de geloofwaardigheid van andere stellingen in twijfel trekken;
- de nalatige partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren.

16.3 De praktijk: een jurisprudentieonderzoek

Om een beeld te krijgen van de wijze waarop in de praktijk invulling wordt gegeven aan de geraden gevolgtrekking van artikel 21 Rv heb ik 87 uitspraken onderzocht die op www.rechtspraak.nl zijn gepubliceerd. De uitspraken zijn gevonden door in de zoekfunctie van [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) de zoekterm ‘21 Rv’ in te vullen. De in deze databank gevonden uitspraken vormen een selectie van alle gewezen uitspraken en kunnen in die zin dus afwijken van de bestaande jurisprudentielijn.¹¹ Desondanks ben ik ervan uitgegaan dat de gevonden uitspraken een representatief beeld opleveren van het gebruik van artikel 21 Rv. Dit vermoeden werd bevestigd door de stafjurist van de Rechtbank Rotterdam die voor de sector civiel recht uitspraken selecteert voor publicatie op [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Mijn vraag of een uitspraak betreffende artikel 21 Rv publicatiewaardig is, beantwoordde hij met een volmondig ja: ‘Artikel 21 is relatief jong, wordt niet vaak toegepast, kan een zware sanctie meebrengen en is belangrijk voor de civiele

9 Zo ook Rb. Rotterdam 21 januari 2009, *LJN* BH1992, r.o. 2.8.

10 De geraden gevolgtrekking bestond al in art. 19a lid 4, 110 en 205 lid 3 (oud) Rv.

11 Gezien de hoeveelheid resultaten was het binnen het tijdsbestek van het schrijven van deze bijdrage niet mogelijk (eveneens) een onderzoek te doen naar de wijze waarop invulling wordt gegeven aan art. 237 Rv. Zie hierover ook § 4.2.

procesvoering.’ Met voormelde zoekactie heb ik in de periode maart-mei 2010 157 uitspraken gevonden, welke uitspraken dateren uit de periode vanaf 2002 tot heden. Daarvan bleken 87 uitspraken relevant, omdat zij artikel 21 Rv in combinatie met de geraden gevolgtrekking behandelen.¹²

Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat het handelen in strijd met artikel 21 Rv zich op verschillende manieren uit. Globaal is dit onder te verdelen in de volgende categorieën:

1. Onvolledig én onjuist
 - ontwijkende en tegenstrijdige antwoorden;
 - onderbouwing steeds wijzigen en aanvullen;
 - onderbouwing na verzoek daartoe nog steeds slordig en onlogisch;
 - bewust saboteren van zitting/descente/stukken.
2. Onjuist
 - willens en wetens foutieve informatie verstrekken in of bij processtuk;
 - ongeloofwaardige stellingen/verweer;
 - niet juist voldoen aan substantiëringsplicht.
3. Onvolledig
 - summiere stellingen/feitencomplex;
 - bewust feiten of stukken achterhouden;
 - niet voldoen aan substantiëringsplicht (art. 111 lid 3 Rv);
 - niet verschijnen ter comparitie (art. 88 lid 4 Rv);
 - niet betalen voorschot deskundigenbericht (art. 198 lid 3 Rv).
4. Niet voldoen aan een bevel van de rechter als bedoeld in artikel 22 Rv nadat eerder in de procedure is vastgesteld dat een partij in strijd met artikel 21 Rv heeft gehandeld.

Vervolgens heb ik gekeken op welke wijze op grond van dit gedrag de rechter invulling gaf aan de geraden gevolgtrekking. De gevolgtrekkingen zijn in de volgende categorieën in te delen:

- A. Afwijzing, in hoger beroep geen herstel mogelijk van de fout
- B. Niet-ontvankelijkheid
- C. Afwijzing én extra proceskostenveroordeling
- D. Af-/toewijzing van de vordering
- E. Desbetreffende stelling buiten beschouwing laten of geen bewijs van die stellingen
- F. Niet alsnog de zitting plannen
- G. Schorsing/staking executie

¹² De overige 70 resultaten betreffen voornamelijk uitspraken waarin werd geoordeeld dat niet in strijd met art. 21 Rv was gehandeld en uitspraken waarin art. 21 Rv in de context van een vordering ex art. 843a Rv werd aangevoerd.

- H. Vernietiging vaststellingsovereenkomst
- I. Proceskostenveroordeling
- J. Alsnog nakoming toegestaan (al dan niet met daaraan gekoppelde sanctie)
- K. Geen sanctie
- L. Een sneer van de rechter
- M. Aanneمة dat er misbruik van recht is
- N. Opheffing beslag
- O. Handeling in strijd met artikel 21 Rv is onrechtmatig; schadevergoeding

Wanneer de uitspraken in een tabel worden geplaatst, ziet dit eruit als volgt.¹³

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O
1. Onvolledig en onjuist		1		10	4		1	1	2	3	1			1	
2. Onjuist		1	1	4	3									1	
3. Onvolledig	1			15	8	1	2		3	3	12	2	1		1
4. Niet voldaan aan bevel				2	2					1					

Op basis van de resultaten als weergegeven in de tabel constateer ik allereerst dat op verschillende wijzen invulling wordt gegeven aan een ogenschijnlijk gelijke misdraging, maar dat de nadruk sterk ligt op gevolgtrekkingen in de sfeer van het bewijsrecht (categorie D en E). Volledigheidshalve merk ik op dat ik mij in het kader van mijn onderzoeksvraag heb gericht op het al dan niet toepassen van de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument en dus niet nader ben ingegaan op de vraag in hoeverre bijvoorbeeld in de categorie D-uitspraken had kunnen worden volstaan met gebruikmaking van artikel 149 en 150 Rv.¹⁴

De resultaten als weergegeven in de tabel zijn in die zin geabstraheerd dat daarin niet de omstandigheden van het geval zijn opgenomen, zoals de ernst van de misdraging of de relevantie daarvan binnen het gehele feiten-complex. Met die omstandigheden in het achterhoofd lijken de resultaten in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgever om afhankelijk

13 In de tabel zijn 88 sancties genoteerd, de ‘extra’ sanctie is veroorzaakt doordat in één procedure twee keer in strijd met art. 21 Rv werd gehandeld en beide afzonderlijk werden gesanctioneerd (Rb. Alkmaar 23 september 2007, *LJN* BK3176).

14 Over (onder meer) de verhouding tussen art. 21 en 149 Rv zie M.J.A.M. Ahsmann, ‘Bewijs: verschuiven van “bewijzen” naar “stellen”?’, in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans en D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

van het geval een op dat geval toegespitste sanctie aan de misdraging te verbinden. Niet elke leugen of onvolledigheid is immers (even) relevant in een procedure, zodat daaraan niet altijd een (zware) sanctie zal worden verbonden. Op de vraag in hoeverre daarbij de positie van de wederpartij in acht is en zou moeten worden genomen, zal ik in paragraaf 16.5 terugkomen. Met zo'n 2400¹⁵ rechters en raadsheren zal het bovendien onmogelijk zijn een eenduidige invulling te geven aan een sanctie als de geraden gevolgtrekking, die zowel ruim geformuleerd als discretionair is. Dat dit leidt tot rechtsongelijkheid lijkt dan ook onvermijdelijk. Dit risico is evenwel bij de totstandkoming van artikel 21 Rv blijkens de nota naar aanleiding van het verslag (Tweede Kamer) door de wetgever aanvaard door meer belang te hechten aan flexibiliteit voor de rechter dan aan strikte en scherpe sancties.¹⁶ Dat neemt niet weg dat interessant zou zijn om te bezien in hoeverre de onzekerheid over de toepassing en invulling van de sanctie de effectiviteit van de regel afzwakt of juist versterkt, bijvoorbeeld omdat die onzekerheid calculerend gedrag tegengaat. De effectiviteit en wenselijkheid van de geraden gevolgtrekking an sich laat ik hier verder rusten.¹⁷ Een binnen mijn onderzoeksvraag belangrijke conclusie uit de onderzochte uitspraken is dat de proceskostenveroordeling amper wordt aangegrepen om het handelen in strijd met artikel 21 Rv te sanctioneren. Slechts in zes van de 87 uitspraken was dit het geval.¹⁸ In deze zes uitspraken werd de proceskostenveroordeling als sanctie als volgt toegepast:

- In de uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 24 februari 2010 werd ten aanzien van de proceskostenveroordeling afgeweken van de hoofdregel 'de verliezer betaalt' doordat de proceskosten werden gecompenseerd. Het verweer van gedaagde voldeed volgens de kantonrechter niet aan de vereisten van artikel 21 Rv, maar omdat de vordering van eiseres niet voor toewijzing in aanmerking kwam, bleef dat zonder

15 In 2008, bron: www.rechtspraak.nl.

16 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 151.

17 Zie hierover in negatieve zin B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 333 en I. Giesen, 'De (pre) processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002, nr. 4, p. 86 en 87. In positieve zin E.M. Wesseling-van Gent, 'To fish or not to fish, that's the question' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2005-2006*, Amsterdam: Kluwer 2006, p. 335 e.v.

18 In de zaken die werden afgedaan met verwijzing naar 21 Rv (categorie D/E) volgde vanzelfsprekend ook een proceskostenveroordeling, maar in geen van die gevallen werd de proceskostenveroordeling (deels) als sanctie-instrument toegepast.

andere nadelige gevolgen dan dat daarin aanleiding werd gevonden om de proceskosten te compenseren.¹⁹

- In zowel de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 10 juni 2009 als de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 23 september 2009 werd de proceskostenveroordeling die jegens
- gedaagde werd uitgesproken, verminderd met één liquidatiepunt omdat eiseres niet had voldaan aan de substantiëringsplicht.²⁰
- In de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 19 november 2008 werd geoordeeld dat in de (in een later stadium uit te spreken) proceskostenveroordeling rekening zou worden gehouden met het feit dat na de comparitie na antwoord een nadere aktewisseling nodig was wegens de summiere stellingen en onderbouwing in de dagvaarding.²¹
- In de uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 22 juli 2009 werd de vordering afgewezen wegens ongeloofwaardige en innerlijk tegenstrijdige stellingen en werd daarnaast bij de proceskostenveroordeling aangeknoopt bij het eerstvolgende hogere tarief.²²
- In de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 23 september 2007 werd de eisende partij om inhoudelijke redenen in het ongelijk gesteld en werd de reconventionele vordering van gedaagde tot de volledige proceskostenvergoeding toegewezen (rechtsbijstandskosten ad € 500,-). De rechtbank achtte het aannemelijk dat gedaagde door het handelen van eiseres in strijd met artikel 21 Rv meer kosten voor rechtsbijstand had moeten maken dan door middel van een proceskostenveroordeling voor vergoeding in aanmerking kwam.²³

16.4 Het eigen gedrag, de rekening en de praktijk: een lastige combinatie?

De hiervoor genoemde zes uitspraken tonen diverse mogelijkheden van de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument tegen handelen in strijd met artikel 21 Rv. Desondanks blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat van deze mogelijkheden weinig gebruik wordt gemaakt. In deze paragraaf zal ik (mogelijke) redenen hiervoor bespreken. Daarbij zal ik mede putten uit de antwoorden van 14 rechters die ik ontving naar aanleiding van de vraag die ik hun heb voorgelegd: ‘Zou u als geraden gevolgtrekking als bedoeld in artikel 21 Rv gebruikmaken of heeft u gebruikgemaakt van de

19 Rb. Maastricht, sector kanton, 24 februari 2010, *LJN* BL7687.

20 Rb. Alkmaar 23 september 2009, *LJN* BK3176 en Rb. Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9853.

21 Rb. Utrecht 19 november 2008, *LJN* BG5376.

22 Rb. Maastricht, sector kanton, 22 juli 2009, *LJN* BJ4377.

23 Rb. Utrecht, sector kanton, 23 september 2007, *LJN* BB6261.

mogelijkheden die de proceskostenveroordeling biedt en waarom wel of niet?'. Ook zal ik nader ingaan op de mogelijkheden die de regeling van de proceskostenveroordeling biedt.

16.4.1 *Discretionaire bevoegdheid*

De rechter *kan* de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Dat hij dit niet altijd doet, is te zien in kolom K van de tabel. In 7 van de 13 daarin opgenomen uitspraken was door de eisende partij niet voldaan aan de substantiëringsplicht. In de meeste gevallen was de rechter hierop gewezen door gedaagde, maar mocht dit niet baten. Het onbestraft laten van de tekortkoming werd voornamelijk gemotiveerd met het ontbreken van een schending van de belangen van de wederpartij. Zo werd in de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 1 november 2006 geoordeeld dat de eisende partij bij repliek haar vordering nader had geconcretiseerd, zodat gedaagde niet in zijn verweermogelijkheden was geschaad.²⁴ In de overige 6 uitspraken ging het om het niet-aanvoeren van een relevant feit. In een van die zaken volgde hoger beroep, waarin werd geprotesteerd tegen het 'stilzitten' van de rechter. Ook dit bleef zonder resultaat, het Hof Arnhem oordeelde dat dit de (beleids)vrijheid van de rechter betrof.²⁵ Het uitblijven van een sanctie op het niet voldoen aan de substantiëringsplicht is eerder aangetoond door Novakovski en is ook door Jacobs gesignaleerd.²⁶ Beide onderzoeken zien op de (naleving van de) substantiëringsplicht en beide auteurs constateren dat niet-naleving daarvan veelal ongestraft blijft. Novakovski wijt dit aan de vrijblijvende formulering van artikel 120 lid 4 Rv en de geraden gevolgtrekking. Ik zal hierop in paragraaf 16.5.2 terugkomen.

Alhoewel het voorgaande laat zien dat een protest van de wederpartij niet altijd succesvol is, moet het belang daarvan niet worden onderschat, zo toont het onderzoek van Eshuis.²⁷ Daarin wordt (met betrekking tot een experiment) geconstateerd dat rechters slechts actie ondernamen indien een wederpartij bezwaar maakte. In dezelfde zin luidt ook het antwoord van een rechter op mijn vraag: '(...) ja, maar alleen in evidente gevallen. Ook een rol zal spelen of de wederpartij heeft verzocht aan handelen van de andere partij in strijd met artikel 21 gevolgen te verbinden.' Kennelijk is het toepassen van de discretionaire bevoegdheid voor een rechter niet zonder meer

24 Rb. Zwolle 1 november 2006, LJN BB0745.

25 Hof Arnhem 23 februari 2010, LJN BL6032.

26 T. Novakovski, 'Een functionele substantiëringsplicht: illusie of werkelijkheid?', *RM Themis* 2006-1, p. 3-12; M. Jacobs, 'Van substantiëringsplicht naar substantiëringscultuur?', *TvPP* 2010-2, p. 32-42.

27 R.J.J. Eshuis, *Een kwestie van tijd*, Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 171, Den Haag, 1998.

vanzelfsprekend en kan de wederpartij daarbij een belangrijke rol spelen. Daarbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van de rechter en dus geen rechtens afdwingbare verplichting is van partijen jegens elkaar.²⁸

16.4.2 *De band tussen artikel 21 Rv en de proceskostenveroordeling*

De weg van artikel 21 Rv naar artikel 149 Rv is niet alleen in regelafstand korter dan naar artikel 237 Rv. Gezien het materiële karakter van een leugen of onvolledigheid zal eerder worden gedacht aan een gevolgtrekking als toe- of afwijzing van (een deel van) de vordering dan aan een consequentie voor de proceskostenveroordeling. Dit blijkt ook uit het jurisprudentie-onderzoek. In 48 van de 87 uitspraken werd een gevolgtrekking ten aanzien van de stellingen gemaakt (kolom D en E). Door vier rechters werd ook in die zin geantwoord, bijvoorbeeld:

‘Het gaat om de verplichting van partijen om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In dat verband moet het woord “gevolgtrekking” mijns inziens worden begrepen als een consequentie ten aanzien van die stellingen, en dus dat deze als onjuist worden verworpen, als onvoldoende begrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd worden gepasseerd of dat soort oordelen.’

Van die vier reacties strekten drie ertoe dat de proceskostenveroordeling niet werd gezien als een gevolgtrekking als bedoeld in artikel 21 Rv. Daarbij merkten twee rechters vervolgens op dat het handelen in strijd met artikel 21 Rv indirect tot een proceskostenveroordeling zou kunnen leiden omdat daardoor een aan een vordering ten grondslag gelegde stelling niet houdt of een verweer wordt verworpen. De derde rechter reageerde als volgt:

‘(...) De proceskostenveroordeling kan soms genuanceerd worden toegepast omdat een partij – kort weergegeven – niet correct of inefficiënt heeft geprocedeerd. (...) Dan gaat het echter omodeloos veroorzaakte kosten, mijns inziens niet om een ‘geraden gevolgtrekking’ in de zin van artikel 21 Rv.’

Ook Van der Wiel behandelt de proceskostenveroordeling als rechterlijke sanctie afzonderlijk van de geraden gevolgtrekking.²⁹ Door de tien overige rechters werd evenwel geantwoord dat zij in bepaalde gevallen met

28 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5556.

29 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004, hoofdstuk 5.5.2 en 5.5.3.

de proceskostenveroordeling invulling zouden geven aan de geraden gevolgtrekking. Daarbij werd de tweeledigheid van de grondslag van die veroordeling door een rechter als volgt verwoord: ‘Artikel 237 lid 1, laatste volzin, Rv biedt (ook) een wettelijke basis hiervoor.’ De parlementaire geschiedenis van artikel 21 Rv is in dit opzicht niet helder. Weliswaar wordt verwezen naar de nodeloos veroorzaakte kosten van artikel 237 Rv, maar in de nota naar aanleiding van het verslag (Tweede Kamer) wordt opgemerkt:

‘Wel is het natuurlijk zo dat de nalatige partij ook processueel moet kunnen worden “afgerekend” op zijn gedrag. Artikel 21 (...) biedt daartoe ook ruimte. Zo zal de rechter de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren.’³⁰

Ik sluit niet uit dat in de tweeledigheid van de grondslag voor de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument (via de geraden gevolgtrekking danwel via de nodeloos veroorzaakte kosten) een verklaring ligt waarom in het jurisprudentieonderzoek weinig zaken zijn gevonden waarin de proceskostenveroordeling is gekoppeld aan artikel 21 Rv.

16.4.3 *De (on)mogelijkheden van de proceskostenveroordeling*

Alhoewel de toepassingsmogelijkheden van artikel 237 Rv niet in de reacties van de rechters zijn aangekaart, staat de wijze waarop de proceskostenveroordeling is vormgegeven mogelijk aan het gebruik ervan ten aanzien van ongewenst procedureel gedrag in de weg. Ik baseer dat op het volgende.

Allereerst geeft de formulering van de nodeloos veroorzaakte kosten te denken. Stel dat een eisende partij een summiere dagvaarding heeft opgesteld, maar dat de rechter daarin geen aanleiding ziet om de procedure niet inhoudelijk te behandelen.³¹ Desondanks verliest de eisende partij, die dus volgens de hoofdregel in de proceskosten van gedaagde wordt veroordeeld. Gedaagde heeft echter door het handelen van eisende partij extra advocaatkosten gemaakt, bijvoorbeeld omdat door de summiere dagvaarding

30 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 149.

31 Zoals in Rb. Zwolle 1 november 2006, *LJN* BB0745; Rb. Arnhem 21 november 2007, *LJN* BB9206; Rb. Rotterdam, sector kanton, 13 februari 2009, *LJN* BH6202; Rb. Haarlem 19 september 2007, *LJN* BB4070; Rb. Maastricht 1 april 2003, *LJN* AF7288. Anders: zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 18 oktober 2006, *LJN* AZ1233; Rb. Zwolle 2 september 2009, *LJN* BK7576; Rb. Rotterdam, sector kanton 16 augustus 2006, *LJN* AY6670.

de rechter een aanvullende schriftelijke ronde heeft gelast na de comparitie van partijen.

De kosten van die extra ronde kunnen als nodeloos veroorzaakt worden aangemerkt, maar voor vergoeding daarvan lijkt de laatste zin van artikel 237 lid 1 Rv strikt genomen geen soelaas te bieden. Zo ook Numann: 'de wet biedt slechts de mogelijkheid de nodeloos gemaakte of veroorzaakte kosten voor rekening te laten van de partij die ze zelf maakte, respectievelijk veroorzaakte en die dus niet ten laste te brengen van de in het ongelijk gestelde partij.'³² Haardt meent evenwel dat de rechtspraktijk geen moeite heeft met een ruime benadering ten aanzien van de formulering, hij stelt dat 'deze bepaling aldus wordt uitgelegd dat de rechter ten laste van die partij ook de daarbij nodeloos aan haar wederpartij veroorzaakte kosten kan brengen.'³³

Daarnaast is de koppeling van het liquidatietarief aan de proceskostenveroordeling in mijn ogen niet altijd wenselijk. In het bovenstaande voorbeeld is toepassing van de regeling van de nodeloos veroorzaakte kosten eigenlijk onnodig, omdat gedaagde op grond van de hoofdregel voor de tweede schriftelijke ronde een extra liquidatiepunt toegewezen zal krijgen. De daaraan gekoppelde vergoeding zal echter veelal de werkelijk gemaakte kosten niet goedmaken. Dit zou mijns inziens moeten meebrengen dat aan gedaagde een aanvullende of volledige proceskostenvergoeding wordt toegekend voor de extra ronde. Dit kan worden gebaseerd op de regeling van de nodeloos veroorzaakte kosten (waarbij de redenering van Haardt dan zou moeten worden gevolgd), maar de afwijking van het liquidatietarief zou ook als een geraden gevolgtrekking kunnen worden aangemerkt. In twee van de zes uitspraken die met het jurisprudentieonderzoek zijn gevonden, werd een dergelijke werkwijze gevolgd (zie de twee laatste uitspraken vermeld aan het einde van paragraaf 16.3). De overige resultaten lijken erop te duiden dat ten aanzien van het afwijken van het liquidatietarief terughoudendheid bestaat. Ook Falkena heeft tijdens de vergadering van de NVvP in 2008 opgemerkt dat de wijze waarop het liquidatietarief wordt toegepast niet altijd recht doet aan de vraag van partijen aan de rechter om een eerlijke beslissing te geven.³⁴ Illustratief in dit verband is de reactie

32 Kluwer Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, E.J. Numann, art. 237 Rv, aant. 9.

33 W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945, p. 30. Zie in dezelfde zin R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972, p. 372.

34 J.H. van Dam-Lely en M.L. Tuil, 'De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten. Discussieverslag van de voorjaarsvergadering van de NVvP', *TCR* 2008, nr. 1, p. 20.

daarop van De Bock (raadsheer Hof Leeuwarden), die opmerkt dat wel degelijk wordt 'gemorreld' aan het liquidatietarief, maar dan met name in neerwaartse richting; de mogelijkheden tot aanpassing in opwaartse richting acht zij vrijwel nihil. Hierop reageert Falkena met de opmerking dat de rechter strikt genomen geen enkel wettelijk beletsel heeft om van het liquidatietarief af te wijken. Ik zie dat beletsel evenmin, het liquidatietarief is immers niet bindend: het is een afspraak tussen de gerechten en de balie. Zo ook de Hoge Raad, die oordeelde dat 'het liquidatietarief (...) geen recht is in de zin van artikel 99 RO,³⁵ maar slechts een de rechter niet bindende richtlijn.³⁶ Weliswaar wordt deze richtlijn in beginsel door de gerechten gevolgd,³⁷ maar dit betekent niet dat afwijking daarvan onmogelijk is. Als de rechter dit geraden acht en met de bewoordingen van de wetgever in het achterhoofd ('het presenteren van de rekening') zou dat dan toch geen probleem moeten zijn. Dat ook een volledige proceskostenveroordeling is toegestaan, oordeelde de Hoge Raad (opnieuw) in zijn arrest van 20 maart 2009. Met betrekking tot het afwijken van het liquidatietarief (waartoe de rechtbank en het hof waren overgegaan op grond van het procedureel gedrag van een van partijen) werd overwogen dat de rechter wat betreft de hoogte van de kosten dan wel rekening dient te houden met het verweer van de andere partij en in het bijzonder met de redelijkheid van de kosten zelf. In verband met in die zaak zeer hoog opgelopen advocaatkosten was mede van belang hoe dat had kunnen gebeuren en met name aan wie de vertraging van de procedure was te wijten en wat de oorzaak was van de complicaties die waren opgetreden.³⁸ Bij een volledige proceskostenveroordeling speelt wel een rol dat de rechter, zou hij al ambtshalve daartoe overgaan, een dergelijke beslissing niet zonder meer kan nemen omdat het hem simpelweg aan gegevens daartoe ontbreekt. Ook in dit opzicht is de rol van de wederpartij dus van belang.³⁹

Uit het voorgaande concludeer ik dat de regeling van de nodeloos veroorzaakte kosten niet uitblinkt in helderheid. Daarnaast acht ik het niet onwaarschijnlijk dat het gemak van het liquidatietarief in combinatie met de gangbare praktijk deze te volgen en de terughoudendheid van de rechter om zich in dit opzicht te mengen tussen partijen, in de weg staat aan het

35 Thans art. 79 RO.

36 HR 3 april 1998, NJ 1998, 571.

37 <www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht/Liquidatietarief+rechtbanken+en+gerechtshoven.htm>. Het liquidatietarief is een zogeheten rechtersregeling, voor meer hierover zie K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, Deventer: Kluwer 2004.

38 HR 20 maart 2009, RvdW 2009, 436.

39 Zo ook W.M. Wesseling-van Gent, 'Proceskostenveroordeling', in: W.M. Wesseling-van Gent, E.E. Minkjan, R.W. Holzhauser, *De kosten van een procedure*, Deventer: Kluwer 1993, p. 6.

uitspreken van een proceskostenveroordeling die van het liquidatietarief afwijkt. Dat betekent mijns inziens dat in bepaalde gevallen onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de partij die door het handelen van zijn wederpartij zijn geschaad. Dit brengt mij tot de volgende paragraaf, waarin ik zal beargumenteren waarom en in welke gevallen de proceskostenveroordeling een rake remedie is tegen handelen in strijd met artikel 21 Rv.

16.5 De rekening voor het eigen gedrag: een rake combinatie

16.5.1 *Het bieden van herstel: rechtdoen aan de materiële werkelijkheid*

Met betrekking tot de effectiviteit van de proceskostenveroordeling is de parlementaire geschiedenis weinig duidelijk. De minister beaamt in de memorie van toelichting desgevraagd dat het ‘opzouten’ van gegevens kan worden gesanctioneerd met een proceskostenveroordeling, maar dat hij het weigeren van re-/dupliek effectiever acht. In de nota naar aanleiding van het verslag (Tweede Kamer) merkt hij op dat een uitsluiting van aanvulling of rectificatie met betrekking tot onjuiste dan wel achtergehouden feiten in het algemeen niet zinvol wordt geacht omdat de achtergehouden feiten in beginsel ook juist gunstig voor de wederpartij zullen zijn, zodat er ook om die reden veel voor te zeggen is dat zij niet van het proces moeten worden uitgesloten.⁴⁰ In het rapport *Balanceren en vernieuwen* wordt verwezen naar een onderzoek waarin met computersimulaties is aangetoond dat het de meest effectieve strategie is om na afwijkend gedrag met gelijke munt terug te betalen en vervolgens weer open te staan voor samenwerking en coöperatief gedrag.⁴¹ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een proceskostensanctie een rake remedie is, omdat de nalatige partij daarmee een mogelijkheid wordt gegeven zijn fout te herstellen en tegelijkertijd de wederpartij daarvoor wordt gecompenseerd. Dit sluit mijns inziens aan bij hetgeen in de parlementaire geschiedenis is opgenomen over het doel van het procesrecht: zo veel mogelijk recht doen aan de materiële waarheid. Ook Rijssen pleit in zijn annotatie bij de uitspraak van het Hof Den Bosch

40 A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 148 en p. 149.

41 Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books 1984, waarnaar wordt verwezen in: M. Barendrecht en A. Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004, p. 34.

van 7 juli 2009 voor het redresseren van een door liegen of achterhouden verstoorde balans:

‘Mij dunkt dat het terzijde stellen van alle stellingen en weren geen passende gevolgtrekking is. Deze sanctie bewerkstelligt wat een gevolgtrekking moet opheffen: een verstoring van de balans tussen de procespartijen.’

In de desbetreffende zaak achtte het hof de door de rechtbank gemaakte gevolgtrekking eveneens te vergaand, maar liet het de proceskostenveroordeling van de eerste aanleg in stand.⁴²

Met gelijke munt terugbetalen zou ook zo kunnen worden uitgelegd dat onvolledigheid of onwaarheid ten aanzien van de feiten moet worden afgestraft met verwerping van die feiten. Daarmee wordt evenwel geen herstel van de samenwerking bereikt, tenzij partijen in hoger beroep gaan. Dit pleit ervoor het herstel waar mogelijk in de eerste instantie te laten plaatsvinden. Dit onderbouw ik met de volgende voorbeelden die in het jurisprudentieonderzoek naar voren kwamen met betrekking tot het niet-verschijnen van een partij ter comparitie. In een procedure voor de Rechtbank Zwolle bleek de verklaring van eiseres waarom zij niet op de comparitie van partijen was verschenen achteraf in strijd met de waarheid (de ‘spoedopname in het ziekenhuis’ bleek in werkelijkheid niet meer te zijn dan het prikken van het cholesterolprofiel).⁴³ Deze *contempt of court*-achtige misdraging van eiseres (volgens de kantonrechter: bewuste misleiding van de kantonrechter en de wederpartij) leidde onder verwijzing naar artikel 21 Rv tot afwijzing van de vordering en toewijzing van de vordering in reconventie, zonder een inhoudelijke beoordeling van de zaak. Voor het zonder pardon afstraffen van dergelijk respectloos gedrag valt iets te zeggen, maar het risico ervan toont de procedure bij de Rechtbank Arnhem. Daarin had de advocaat van eiseres daags voor de comparitie van partijen een faxbericht aan de rechtbank gestuurd dat zijn cliënt verhinderd was om op de comparitie aanwezig te zijn. De rechtbank stond geen verplaatsing toe van de comparitie, noch re- en dupliek, wat vervolgens leidde tot afwijzing van de vordering.⁴⁴ Hiervan kwam eiseres in hoger beroep. Het Hof Arnhem was van oordeel dat de rechter zonder inhoudelijke behandeling van de procedure de vordering had mogen afwijzen. Het hof vervolgde met een inhoudelijke

42 Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *JBP* 2010, 11, m.nt. G. Rijssen.

43 Rb. Zwolle, sector kanton, 29 maart 2005, *LJN* AT2634.

44 De Hoge Raad oordeelde in een latere (andere) zaak dat een dergelijke gevolgtrekking mogelijk is, maar wel moet worden gemotiveerd. Dat dergelijke sanctionering niet ongebruikelijk is, blijkt bijvoorbeeld ook uit Hof Arnhem 27 juli 2004, *LJN* AS8331 en Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA2926 (alle opgenomen in categorie 3 D).

behandeling van de zaak, nu het hoger beroep mede strekt tot herstel van eigen fouten en verzuimen. Daarbij werd de proceskostenveroordeling van de eerste instantie in stand gelaten. Ik betwijfel of daarmee de extra kosten zijn goedge maakt die de benadeelde door het handelen van zijn wederpartij heeft moeten maken. Bovendien verliest de benadeelde een instantie, uitsluitend door het gedrag van zijn wederpartij. Dit wordt kwalijker wanneer in een door het wangedrag veroorzaakt hoger beroep ook de proceskostenveroordeling van de eerste instantie wordt ‘hersteld’; daarmee zijn dus alle sancties van de eerste aanleg volledig tenietgegaan.⁴⁵

Het risico dat partijen in hoger beroep gaan tegen een uitspraak waarin zware sancties worden opgelegd met toepassing van artikel 21 Rv, is vanwege de herstelfunctie van het hoger beroep niet onwaarschijnlijk. Ook Ynzonides en Koedoot merken op dat in gevallen als hiervoor aangekaart, het niet zo kan zijn dat de rechter daaraan materiële sancties verbindt.⁴⁶ Dit spreekt ervoor om handelen in strijd met artikel 21 Rv, zolang dat niet van (ernstige) invloed is op de materiële werkelijkheid, af te straffen met een minder ingrijpende sanctie in de sfeer van de proceskostenveroordeling.

16.5.2 *Geen sanctie = geen effect*

Als gezegd in paragraaf 16.4.2 leent niet elk handelen in strijd met artikel 21 Rv zich voor herstel binnen de procedure als bedoeld in de vorige subparagraaf. In ernstiger gevallen, waarin door de onwaarheid of onvolledigheid een behoorlijke procesvoering (het voeren van verweer door de wederpartij danwel het geven van een oordeel door de rechter) wordt belemmerd, zal een consequentie in de sfeer van de vordering zelf zoals verwerping van de feiten meer voor de hand liggen. Dit werd ook in bijna alle antwoorden van de rechters aangevoerd als reden waarom zij geen gebruik zouden maken van de proceskostenveroordeling. Dat neemt niet weg dat wanneer het handelen heeft geleid tot extra (onnodige) proceskosten, van een sanctie in de proceskostenveroordeling een herstellend effect kan uitgaan. Dit gaat met name op in de gevallen waarin geen sanctie werd opgelegd, alsnog nakoming van de verplichting werd toegestaan of een vermanend woord van de rechter volgde (zie kolom J, K en L in de tabel). Het argument dat daarbij meerdere malen werd aangevoerd, te weten dat de wederpartij niet in haar belangen was geschaad, lijkt mij gezien de mogelijke financiële consequentie van het ongewenste gedrag niet sluitend. Als gezegd in paragraaf 16.4.1 doet het niet opleggen van een sanctie zich met name voor bij ‘formele’ fouten zoals het niet (juist) voldoen aan de substantiëringsplicht. Het belang

45 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2007, LJN BB7882.

46 A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (red), *Burgerlijke Rechtsvordering Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, art. 88, aant. 7.

van deze plicht toont het al eerder genoemde onderzoek van Eshuis: de rechters die aan dat onderzoek deelnamen, waren unaniem van mening dat ze bij de dagvaarding als gevolg van de substantiëringsplicht beter waren geïnformeerd dan bij een gewone dagvaarding.⁴⁷ Het onderzoek van Jacobs toont dat ook advocaten de substantiëringsplicht beschouwen als een nuttige toevoeging aan het procesrecht.⁴⁸ Ook het onlangs gepubliceerde onderzoek van het Molengraaff Instituut stelt dat met betrekking tot het verlenen van beslagverlof verbetering zou ontstaan als rechters bij de toetsing van het verzoek meer aansluiting zoeken bij de in de dagvaardingsprocedure geëiste substantiëringsplicht.⁴⁹ Voorbijgaan aan verzakingen van een dergelijke plicht zal de werking daarvan niet ten goede komen. Zo concludeert Jacobs dat het gebrek aan sanctionering ervoor zorgt dat advocaten steeds minder moeite gaan doen om de plicht op een correcte manier na te leven en ook steeds minder het nut ervan gaan inzien. Onlangs pleitte Smit voor af- of toewijzing van de vordering (onder andere) wanneer een partij niet had voldaan aan zijn substantiëringsplicht.⁵⁰ Gezien de vorige subparagraaf kan ik mij niet vinden in het zonder meer toepassen van een dergelijke sanctie, maar ik sluit mij aan bij zijn stelling dat het niet-voldoen aan de substantiëringsplicht (of meer algemeen, het handelen in strijd met artikel 21 Rv) niet straffeloos moet worden gelaten. Of om in woorden van Asser te spreken: laksheid zou niet moeten worden gesauveerd.⁵¹ Daarmee wordt niet-naleving van de regel een nietszeggend gedoogbeleid.

Eshuis merkt ten aanzien van de inzet van financiële instrumenten ter stimulering van gewenst procesgedrag op dat aan een dergelijke prikkel over het algemeen een aanzienlijk 'sturend vermogen' wordt toegeschreven.⁵² Al vormt de proceskostenveroordeling het 'staartje' van de procedure, voor bepaalde procespartijen kan een sanctie aan het einde van de procedure een preventieve werking hebben. Ik denk dan met name aan regelmatig terugkerende procespartijen. Dat dergelijke partijen kunnen neigen naar de 'automatische piloot' toont de uitspraak van de Rechtbank Groningen van 2 februari 2006. Hierin deelde de kantonrechter jegens de eisende partij

47 R.J.J. Eshuis, *Een kwestie van tijd*, Ministerie van Justitie, WODC Onderzoek en Beleid 171, Den Haag, 1998.

48 M. Jacobs, 'Van substantiëringsplicht naar substantiëringcultuur?', *TvPP* 2010-2, p. 41.

49 M. Meijssen en A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland: zekerheid en pressiemiddel*, Research Memoranda, Raad voor de Rechtspraak, jaargang 6, nr. 2, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

50 H. Smit, 'Servicegericht procederen', *NJB*, 11 juni 2010, aflevering 23.

51 HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 481, m.nt. Asser.

52 R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden. Over de werking van interventies ter versnelling van civiele procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 288.

die (onder andere) niet had voldaan aan haar substantiëringsplicht, het volgende mee:

‘Het moet de kantonrechter van het hart dat de wijze van procederen door Vodafone in de onderhavige zaak exemplarisch is voor veel vaak optredende eisers die zichzelf dan repeatplayers noemen. De kantonrechter is echter niet van plan voor dergelijke procespartijen een ander procesrecht, en zeker niet een lichtere stelplicht, te hanteren.’⁵³

Dat dit nog niet voldoende opluchtte, blijkt uit de inhoudsindicatie bij de uitspraak: ‘Het (proces)recht is voor iedereen gelijk en partijen die vaak bij de (kanton)rechter procederen moeten beslist niet de indruk krijgen dat zij op de een of andere wijze een streepje voor hebben!’ Ik vraag mij af in hoeverre van een dergelijk vermanend woord een preventief effect kan worden verwacht (reputatieschade? Hoeveel consumenten lezen rechtspraak.nl?). Mij lijkt dat op een (commercieel handelende) regelmatig terugkerende procespartij een financiële prikkel meer indruk zal maken.

16.6 Het kennelijk onredelijke karakter van de situatie

In België is met de wet van 21 april 2007 (betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat) een proceskostenregeling ingevoerd waarbij de proceskostenveroordeling mede op basis van het procedurele gedrag kan worden uitgesproken.⁵⁴ Sindsdien betaalt ook in België de in het ongelijk gestelde partij een forfaitaire som ter tegemoetkoming in de kosten van de bijstand van een advocaat. Van het daarvoor bij Koninklijk Besluit vastgestelde basisbedrag kan worden afgeweken in een viertal limitatief opgesomde gevallen in het nieuwe artikel 1022 Gerechtelijk Wetboek (Ger.W). De vier gronden voor afwijking van het basistarief zijn geïnspireerd door het advies van de Hoge Raad voor de Justitie.⁵⁵ Daarin is te lezen dat de verhaalbaarheid van gerechtskosten naast een rechtvaardigheidsargument een argument van efficiëntie is gegeven: ‘Door het feit dat het verschil tussen winst en verlies toeneemt tengevolge van de verhaalbaarheid, zullen partijen grondiger nadenken over hun optreden in het proces.’⁵⁶ De vierde grond, het kennelijk onredelijke

53 Rb. Groningen, sector kanton, 2 februari 2006, *LJN* AV2527.

54 Blijkens het wetsvoorstel deels geïnspireerd door art. 700 Nouveau Code de Procédure Civile.

55 Zie de verklaring van de minister van Justitie in de Senaatscommissie Justitie: *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 1686/5, 32.

56 Advies van de Hoge Raad voor de Justitie van 25 maart 2006 (Wetgevingsstuk nr. 3-51/4).

karakter van de situatie, geeft de rechter de mogelijkheid om af te wijken van het gefixeerde tarief voor de zogeheten rechtsplegingsvergoeding. Een helder voorbeeld hiervan geeft de uitspraak van de rechtbank van Koophandel te Antwerpen, die ten aanzien van de misleidende dagvaarding van de eisende partij (waarin was vermeld dat gedaagde niet had geprotesteerd tegen een factuur, wat in strijd was met de waarheid) het volgende overwoog: ‘Dit is kennelijk niet de houding van een normaal zorgvuldige eisende partij, in dezelfde omstandigheden geplaatst. De vordering tot verhoging van de rechtsplegingsvergoeding moet dan ook gegrond worden geacht.’⁵⁷ Een dergelijke verhoging (of verlaging) is iets wat partijen moeten vorderen, zo luidt artikel 1022 Ger.W, de rechter kan deze afwijking niet ambtshalve toepassen. De rechter mag daarbij de bij Koninklijk Besluit vastgestelde minimum- en maximumbedragen (halvering of verdubbeling van het tarief) niet overschrijden.

16.7 Conclusie: de rekening voor het eigen gedrag?

Asser, Vranken en Groen hebben onder meer aanbevolen dat middelen moeten worden ontwikkeld (in de sfeer van kostenveroordeling, bonussen, kortingen op het vastrecht, enzovoort) om partijen en hun rechtshelpers tot een coöperatieve proceshouding te stimuleren.⁵⁸ Volgens de Raad voor de Rechtspraak biedt het huidige recht daarentegen voldoende mogelijkheden om partijen in hun (pre)processuele houding te sturen en te sanctioneren.⁵⁹ Wat daarvan ook zij, uit al het voorgaande leid ik af dat het verwonderlijk is dat niet vaker gebruik wordt gemaakt van de proceskostenveroordeling als sanctie-instrument. Daardoor wordt mijns inziens onvoldoende rekening gehouden met de financiële gevolgen die het onbehoorlijke gedrag van de ene partij voor de andere partij kan hebben. De huidige regeling van de proceskostenveroordeling lijkt weliswaar te voldoen om rekening te houden met processueel gedrag, door de mogelijkheden van de nodeloos veroorzaakte kosten, compensatie van de proceskosten en afwijking van het liquidatietarief, maar door het procesgedrag een meer stevig verankerde rol te geven in de proceskostenveroordeling lijkt mij een toename van het gebruik ervan te verwachten. Bijvoorbeeld door in het liquidatietarief een expliciete afwijking ervan op te nemen op basis van het procesgedrag of door partijen

⁵⁷ Rb. van Koophandel Antwerpen, 23^e Kamer, 13 maart 2009.

⁵⁸ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 60.

⁵⁹ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 57.

een beroep te kunnen laten doen op de nodeloos veroorzaakte kosten en een duidelijker bewoording van die regeling. In dat opzicht spreekt de eenvoud van de halvering of verdubbeling van de toe te kennen proceskosten in de nieuwe Belgische proceskostenveroordeling mij aan. Daarmee lijkt een hanteerbaar instrument te zijn gecreëerd ter sanctionering van procedureel ongewenst gedrag. Doordat partijen daarop een beroep moeten doen, komt de rechter ook niet in conflict met zijn lijdelijkheid, wat eveneens de rechtseenheid zal bevorderen. Zo op het eerste gezicht zou een dergelijke regeling dan ook een welkome aanvulling kunnen zijn op de Nederlandse proceskostenregeling. Op deze wijze kan ook ander ongewenst procedureel gedrag worden verdisconteerd in de proceskostenveroordeling.

Maar meer nog dan een wijziging van de regeling van de proceskostenveroordeling lijkt mij dat het besef van de waarde (en daarmee de toepassing) ervan als sanctie-instrument zou kunnen toenemen. Het weinige gebruik van die mogelijkheid van de proceskostenveroordeling in relatie tot artikel 21 Rv, zoals blijkt uit mijn jurisprudentieonderzoek, spreekt boekdelen. Door de ontwikkelingen die de proceskostenveroordeling de afgelopen tijd heeft doorgemaakt (zie de volledige proceskostenveroordeling van artikel 1019h Rv en de nieuwe Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade) en de aandacht die daarmee op de proceskostenveroordeling wordt gevestigd, valt wellicht winst te behalen ten aanzien van een gevarieerder gebruik ervan. In het verband van de geraden gevolgtrekking acht ik dat wenselijk. Want alle flexibiliteit ervan ten goede, de proceskostenveroordeling lijkt mij een gulden middenweg om te voorkomen dat een proceshouding de ene keer tot een vermanend woord van de rechter leidt en de andere keer tot niet-ontvankelijkheid. Zolang het echter niet op die wijze wordt ingezet, blijft de proceskostenveroordeling als rake remedie op de plank liggen te verstoffen.